

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 80

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

Eine Studie über das Regulativ des
Verhältnisses von Staat und Gesellschaft

Von

Dr. Josef Isensee



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

JOSEF ISENSEE

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 80

Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht

Eine Studie über das Regulativ des
Verhältnisses von Staat und Gesellschaft

Von

Dr. Josef Isensee



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der Stiftung Volkswagenwerk



Alle Rechte vorbehalten

© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1968 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61

Printed in Germany

D 29

Vorwort

Das Subsidiaritätsprinzip gehört zu den — im doppelten Sinne des Wortes — frag-würdigsten Gegenständen der heutigen Staatsrechtslehre. Umstritten sind seine sachliche Aussage, sein ideologischer Hintergrund und seine rechtliche Geltung. Das Wagnis, ein solch „heißes Eisen“ zu berühren, wird um der Frage willen unternommen, ob dem Prinzip im Verhältnis von Staat und Gesellschaft verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme. Damit richtete sich die Frage auf einen wesentlichen Aspekt des Sozialverfassungsrechts, dessen überkommene Ordnungsgedanken im demokratischen und sozialen Rechtsstaat von heute neu überdacht werden müssen; das gilt nicht zuletzt auch vom traditionsgeprägten Begriffspaar „Staat und Gesellschaft“.

Für eine grundsätzliche, von Einzelfällen abstrahierende theoretische Untersuchung des Problemkreises ist der Weg geebnet, seit das Bundesverfassungsgericht mit dem Rechtsstreit um das Bundessozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsgesetz den praktischen Anlaß, an dem sich die rechtlichen und politischen Kontroversen entzündeten, wenn nicht geklärt, so doch entschieden hat (E 22, 180).

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Walter Leisner, danke ich für ein ungewöhnliches Maß an tatkräftiger Förderung und für seinen überlegenen Rat. Mein Dank gilt auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die ehrenvolle Aufnahme der Arbeit in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“. Die Stiftung Volkswagenwerk hat dankenswerterweise einen Zuschuß zu den Druckkosten geleistet.

Erlangen, im März 1968

Josef Isensee



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548410_0017

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Das Problem

9

Erster Teil (§§ 1/21)

Das Wesen des Subsidiaritätsprinzips

14

<i>Erster Abschnitt</i> (§ 1): Die Wesensbestimmung — Problematik und Lösungsweg	14
<i>Zweiter Abschnitt</i> (§§ 2/6): Die Entfaltung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre	18
I. Die Proklamation des Subsidiaritätsprinzips in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ (§ 2)	18
II. Der philosophische Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips — die neuscholastische Naturrechtslehre (§ 3)	21
III. Der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips — abstraktes Sozialmodell oder konkrete Gesellschaftsverfassung (§ 4)	23
IV. Die Aussage des Subsidiaritätsprinzips (§ 5)	28
V. Die naturrechtliche Begründung des Subsidiaritätsprinzips und seine Zuordnung zum bonum commune (§ 6)	30
Schrifttum	33
<i>Dritter Abschnitt</i> (§§ 7, 8): Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der deutschen Tradition der organisch-föderalistischen Gesellschaftslehre ...	35
I. Die Akzentuierung des Subsidiaritätsprinzips im Föderalismus (§ 7) ..	35
II. Aspekte des Subsidiaritätsprinzips in föderalistischen Lehren (§ 8) ...	37
<i>Vierter Abschnitt</i> (§§ 9/13): Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips in der liberalistischen Staatstheorie	44
I. Die Akzentuierung des Subsidiaritätsprinzips im liberalen Staatsverständnis (§ 9)	44
II. Idealtypen liberaler Staatsvorstellungen und das Subsidiaritätsprinzip (§§ 10/13)	48
1. Das frühliberale Modell des reinen „Rechtsbewahrstaates“ (§§ 10, 11)	48
a) Idealistische Staatsphilosophie — Kant, Humboldt (§ 10)	48
b) Pragmatische Staatslehren des Laissez-faire-Liberalismus — Jordan, Eötvös (§ 11)	55

2. Der virtuell allzuständige Staat (§§ 12, 13)	58
a) Die Synthese des Rechts- und des „Polizei“-Staates in der Lehre Robert v. Mohls (§ 12)	58
b) Die Staatszwecklehre Georg Jellineks (§ 13)	67
<i>Fünfter Abschnitt (§ 14):</i> Folgerungen für die verfassungsrechtliche Unter- suchung: Wesensmäßige Eignung des Subsidiaritätsprinzips zu einer Rezeption in das positive Verfassungsrecht oder apriorisches Schei- tern eines solchen Versuches?	71
<i>Exkurs (§ 15):</i> § 67 DGO — Prototyp einer gesetzlichen Aktualisierung des Subsidiaritätsprinzips?	74
<i>Sechster Abschnitt (§§ 16/21):</i> Begriffliche Abgrenzungen und Vorklärungen	85
I. Rechtstechnische „Subsidiaritäts“-Regelungen (Regeln der Gesetzes- konkurrenz) (§ 16)	86
II. Rechtsethische Prinzipien und rechtsorganisatorische Institutionen des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts (§§ 17/21)	88
1. Übermaßverbot (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) (§ 17)	88
2. Horizontale Gewaltenteilung (§ 18)	92
3. Vertikale Gewaltenteilung (§ 19)	95
4. Dezentralisation (§ 20)	99
5. Selbstverwaltung (§ 21)	101
 Zweiter Teil (§§ 22/66) 	
Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungssatz?	106
<i>Erster Abschnitt (§ 22):</i> Methodologische Vorbemerkung	106
<i>Zweiter Abschnitt (§§ 23/31):</i> Der geschichtliche Horizont	108
I. Das Vorfeld des Bonner Grundgesetzes (§§ 23/30)	108
1. Metajuristische Faktoren der Rezeption des Subsidiaritätsprinzips — Bedeutung für die juristische Fragestellung (§ 23)	108
2. Soziologische Momente (§§ 24/26)	111
a) Der Staatsaufbau von unten nach oben — Restauration des Föderalismus (§ 24)	111
b) Die Macht der Verbände (§ 25)	113
c) Die Metamorphose zum Wohlfahrtsstaat — Daseinsvorsorge als soziologisches Datum jeder rechtlichen Sozialordnung (§ 26) ...	116
3. Ideologische Momente (§§ 27/30)	124
a) Die Renaissance des Naturrechts (§ 27)	124
b) Die Erneuerung der föderalistischen Idee (§§ 28, 29)	130
aa) Gesellschaftsorganischer Föderalismus — Tradition und Spekulation (§ 28)	130

bb) Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung (§ 29)	135
c) Der wirtschaftspolitische Neoliberalismus (§ 30)	137
II. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und das Subsidiaritätsprinzip (§ 31)	143
<i>Dritter Abschnitt (§§ 32/66): Die rechtsdogmatische Untersuchung</i>	149
I. Staat und Gesellschaft als Ordnungseinheiten des Grundgesetzes (§§ 32/34)	149
1. Der Dualismus von Staat und Gesellschaft (§§ 32, 33)	149
a) Die Existenzfrage (§ 32)	149
b) Der Unterscheidungsmaßstab (§ 33)	154
2. Die Kompetenzordnung von Staat und Gesellschaft — der (mögliche) gegenständliche Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips (§ 34)	158
II. Die normativen Gegenlösungen zum Subsidiaritätsprinzip (§§ 35/47)	178
1. Die Nichtregulierbarkeit des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft (§§ 35, 36)	180
a) Souveränität (§ 35)	180
b) Weltanschauliche Neutralität (Nicht-Identifikation) (§ 36)	183
2. Der Vorrang des Staates (§§ 37/41)	187
a) Souveränität (§ 37)	188
b) Allzuständigkeit (§ 38)	189
c) Integrationsaufgabe (§ 39)	190
d) Sozialstaatlichkeit (§ 40)	191
e) Einzelne Vorrangbestimmungen des Verfassungstextes (§ 41)...	198
3. Der Gleichrang des Staates (§§ 42/46)	204
a) Die Privatautonomie des Fiskus (§ 42)	204
b) Grundrechtsträgerschaft auf der Aktivseite (§ 43)	210
c) Grundrechtsungebundenheit auf der Passivseite (§ 44)	212
d) Die Freiheit vom Vorbehalt des Gesetzes (§ 45)	215
e) „Partnerschaft“ des Staates — sozial-föderale Kooperation (§ 46)	216
4. Zwischenergebnis — Folgerungen (§ 47)	218
III. Rechtfertigung der staatlichen Subsidiarität (§§ 48/59)	220
1. Globale Positivierung des Naturrechts? (§ 48)	220
2. Analogieschluß aus staatsorganisatorischen Subsidiaritätsbestimmungen (§§ 49/52)	223
a) Die Einzelregelungen (§§ 49/51)	224
aa) Der Bundesstaat (§ 49).....	224
bb) Die mittelbare Staatsverwaltung (§§ 50/51)	240
α) Die kommunale Selbstverwaltung (§ 50)	240
β) Die mittelbare Staatsverwaltung im allgemeinen (§ 51)	252
b) Die Tragfähigkeit zur Analogie vom Innen- auf das Außenverhältnis der Staatlichkeit (§ 52)	253

3. Analogieschluß aus innergesellschaftlichen Nachrangregelungen (§ 53)	259
4. Ableitung aus Regelungen des Außenverhältnisses von Staat und Gesellschaft (§§ 54/59)	264
a) Demokratie (§ 54)	264
b) Sozialstaat (§ 55)	268
c) Rechtsstaat (§ 56)	270
d) Grundrechte (§§ 57/59)	281
aa) Grundrechte und objektiver Bereichsschutz (§ 57)	282
bb) Grundrechte und Konkurrenzschutz gegen die öffentliche Hand (§ 58)	286
cc) Bedeutung des Prinzips für die Auslegung der Grundrechte — Einzelprobleme: Vereinsfreiheit, weltanschauliche Neutralität (§ 59)	289
IV. Der sachliche Geltungsumfang des Grundsatzes — Antinomien zum Subsidiaritätsprinzip (§§ 60/62)	295
1. Virtuelle Omnipotenz — Spontaneität und Elastizität des Staatshandelns (§ 60)	295
2. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung (§ 61)	299
3. Effizienz des Staatshandelns (§ 62)	311
V. Die normative Natur des verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (§§ 63/66)	313
1. Lex oder ratio legis (§ 63)	313
2. Judiziabilität (§ 64)	315
3. Rechtsreflex oder subjektives Recht? (§ 65)	315
4. Verfassungsgesetzliche Abänderbarkeit oder absolute Bestandsgarantie (§ 66)	316
Schluß	318
Allgemeine Bibliographie	319
Sachregister	333

EINLEITUNG

Das Problem

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt heute weithin als eine Erscheinung des Mythos und der Mode — eines Mythos allerdings, der seine Dämmerung erlebt, und einer Mode, deren man überdrüssig zu werden beginnt. Es bedarf also der Rechtfertigung, diesem Grundsatz noch eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu widmen.

Seit im Jahre 1931 die Enzyklika „Quadragesimo anno“ verkündet hatte, jedwede Gesellschaftstätigkeit sei ihrem Wesen nach subsidiär, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten könne, dürfe nicht der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden, ebenso wie die höhere Gemeinschaft nicht in Anspruch nehmen solle, was die untergeordnete zum guten Ende führen könne, hat dieses „Subsidiaritätsprinzip“ eine außerordentliche Faszination ausgeübt. Sie hat sich auf die verschiedensten Lebensbereiche erstreckt, auf die Wissenschaft wie auf die Praxis. Moraltheologen und Verbandsmanager, Philosophen und Nationalökonomien, Politiker und Juristen haben sich seither auf das Subsidiaritätsprinzip berufen. Besondere Wirkung aber hat der Grundsatz im „Juste Milieu“ der westdeutschen Nachkriegsgesellschaft entfaltet. Im Subsidiaritätsprinzip scheint sich Neo-Liberalen, Neo-Sozialisten und Paläo-Ständestaatlern eine Konkordanzformel anzubieten; jedoch zerfällt die Einheit rasch, wenn praktische Lösungen zu gewinnen sind. So ist das Subsidiaritätsprinzip nicht den Gefahren entgangen, die eintreten, wenn eine sozialphilosophische Maxime, aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gelöst, zum Gemeingut wird — den Gefahren nämlich, daß das Gemeingut sich schließlich zum *Gemeinplatz* entwickelt und jeden selbständigen Aussagewert einbüßt.

Der Ausstrahlung des Subsidiaritätsgrundsatzes konnte sich auch das Verfassungsrecht nicht entziehen. Obwohl das Grundgesetz trotz der Bemühungen einiger Verfassungsväter kein ausdrückliches Bekenntnis zu dem Prinzip abgelegt hatte, glaubte man, seinen Gehalt in den verschiedensten Kompetenz- und Grundrechtsbestimmungen wiederzuerkennen. Im ersten Lebensjahrzehnt des Grundgesetzes schien sich geradezu eine Rezeption des Prinzips in das materielle Verfassungsrecht anzubahnen. Jedoch hat seither die kritische Gegenbewegung eingesetzt. Nachdem zuvor überwiegend nur apodiktische Bekenntnisse abgelegt

worden waren, ist der Grundsatz jetzt sorgfältiger analysiert worden; sein Bild stellt sich nunmehr als innerlich widersprüchlich, als impraktikabel, als der staatlichen Rechtsordnung wesensfremd, ja gefährlich dar. Das Subsidiaritätsprinzip nimmt hier die Gestalt des trojanischen Pferdes an, mit dem zerstörerische, heterogene Kräfte in die geschlossene Zone der deutschen Staatlichkeit eindringen sollen. Weil es auf eine kirchliche Soziallehre zurückgeführt wird, wirken in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung eigentümliche Sentiments und Ressentiments, wie sie gegenüber verwandten Grundsätzen, etwa dem Übermaßverbot oder der vertikalen Gewaltenteilung, nicht zu spüren sind. Da sich in der jüngsten Zeit aber selten noch Stimmen vernehmen lassen, um die These von der Verfassungskraft der Subsidiarität zu verteidigen, scheint die Zeit dafür reif geworden zu sein, die Akten über diesem Problem zu schließen.

Das gilt, wie es scheint, auch deshalb, weil der Rechtsstreit um das Bundessozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht¹ beendet worden ist. In den angefochtenen Regelungen hatte der Bundesgesetzgeber von 1961 versucht, das Verhältnis zwischen den staatlichen und gesellschaftlichen Trägern der Wohlfahrtspflege nach dem Leitbild des Subsidiaritätsprinzips zu ordnen. Den öffentlichen Trägern wurde die Initiative zum Handeln verwehrt, soweit die privaten Organisationen die Aufgaben angemessen erfüllten; damit diese aber in die Lage versetzt würden, den Vorrang zum Handeln wirksam wahrzunehmen, wurde den öffentlichen Wohlfahrtsträgern auch noch die

¹ Der Verfassungsstreit war durch Verfassungsbeschwerden der Stadt Dortmund vom 21. 2. 1962 (zum BSGH veröff. NDV 1962, 120 ff.) und Normenkontrollanträge der Regierung des Landes Hessen vom 10. 7. 1962 (veröff. NDV 1962, 325 ff., 331 ff.) ausgelöst worden. Weitere Städte und Bundesländer hatten sich dem Rechtsstreit angeschlossen.

Im Mittelpunkt des Streits standen die Funktionssperren zu Lasten der Träger öffentlicher Sozial- und Jugendhilfe (im BSGH vom 30. 6. 1961, BGBl. I, S. 815, 1193, 1875: §§ 10 IV, 93 I 2; im JWG vom 11. 8. 1961, BGBl. I, S. 1206, 1875: § 5 III 2) sowie die Subventionspflichten (BSGH §§ 10 III 2, JWG § 8 III). Diese sind aus der Sicht der Subsidiaritätsproblematik die wichtigsten der angegriffenen Bestimmungen. Die Verfassungsfragen des Rechtsstreits reichten auch noch in grundrechtliche, kommunalverfassungsrechtliche und vor allem kompetenzrechtliche Bereiche hinein.

Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Gesetze vgl. insbesondere: Kötting und von der Heydte, Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe?; Kötting, DÖV 1961, 1 ff.; Barion, Der Staat 3, 1964, 1 ff.; Bender, DVBl. 1963, 87 ff.; Kimminich, Rechtsgutachten; Lerche, Verfassungsfragen; Scholz, Wesen, Nachw., S. 168/169; Süsterhenn, Gutachten; Ule, Rechtsgutachten; Zacher, Freiheit; ferner die Dissertationen von Desch und Emmelius mit weit. Nachw.

Die ideologischen und soziologischen Hintergründe der Problematik werden besonders erhellt bei Utz, Formen, (Bibliographie, S. 14, Anm. 1); dems., NO 10 (1956), 205 ff.; Strigl, Archiv f. Kath. Kirchenrecht 132 (1963), 405 ff.; Collmer (Hrsg.), Beiträge; Suhr (Hrsg.), Stimmen; Kötting, ZevKR 11 (1964/65), 224 ff.

Pflicht auferlegt, ihre gesellschaftlichen Konkurrenten finanziell zu unterstützen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelungen für verfassungsmäßig erklärt².

Das Gericht hat sich sichtlich bemüht, eine Grundsatzentscheidung zu vermeiden und eng fallbezogen zu argumentieren. Das Urteil nimmt nur zu einem geringen Teil der rechtlichen Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit der „Subsidiaritäts“-Regelungen vorgebracht worden sind, Stellung. Es begnügt sich damit, die Sozialstaatsklausel, Art. 28 II, Art. 4 und Art. 6 II GG als Prüfungsmaßstäbe heranzuziehen³. Wenn das Gericht auch ein staatliches Monopol in der sozialen Betätigung ablehnt, so weicht es der Frage nach dem Vorrang bei dieser Betätigung aus. Das Urteil lenkt von dem Ziel des Gesetzgebers, Prioritäten zu schaffen, auf die Ziele ab, die Zusammenarbeit der freien und öffentlichen Organisationen und den rationellen Einsatz der Mittel zu fördern (ohne zu klären, ob es sich bei diesen Zwecken um verfassungsrechtliche Postulate handelt und in welchem Verhältnis sie zur Subsidiarität stehen). Das Wort „Subsidiaritätsprinzip“ wird in der Begründung überhaupt vermieden⁴. Das Gericht hat sich offensichtlich gescheut, sich mit einem Begriff zu befassen, dessen Implikationen es nicht absehen kann — eine weise Bescheidung, die sich auch gegenüber so verführerischen Begriffen wie „Wirtschaftsverfassung“ und „Maßnahmegesetz“ bereits bewährt hat. Die Entscheidung läßt die Bemühung erkennen, auf die Wogen der juristischen, politischen und ideologischen Auseinandersetzungen das Öl des richterlichen Pragmatismus zu gießen.

Wenn somit auch im Ergebnis die punktuellen Subsidiaritätsregelungen für zulässig erklärt worden sind⁵, so ist die Grundsatzfrage, die in diesen Bestimmungen deutlich geworden ist, offen geblieben: die Frage, ob das Grundgesetz eine Vorrangentscheidung zugunsten der Gesellschaft erlaubt, ob es selbst eine solche Entscheidung vorweggenommen oder eine andere Lösung gewählt hat. Wie immer auch die Antwort ausfallen mag, sei es, daß die Verfassung es den Staatsorganen überläßt, nach Willkür ihr Verhältnis zu den privaten Rechtsträgern einzurichten, sei es, daß sie ein materiales Regulativ erkennen läßt (das Subsidiaritätsprinzip bietet sich nur als *ein* mögliches Regulativ an) — so ist damit die Gretchenfrage des Sozialverfassungsrechts gestellt. Die Frage geht darauf, in welcher Weise Staat und Gesellschaft einander zugeordnet sind, ob das Verfassungsrecht eine Arbeitsteilung zwischen ihnen vorsieht und wie es ihre Wirkungsfelder abgrenzt. Damit verheißt die Antwort auch Auf-

² Urt. v. 18. 7. 1967, BVerfG E 22, 180; der hier maßgebliche Teil der Entscheidungsgründe: S. 199/209. Dazu G. Küchenhoff, NJW 1968, 433/436.

³ Abgesehen von bundesstaatlichen Kompetenzbestimmungen, die über die Grundsatzproblematik, ob „der Staat“ schlechthin nur subsidiär tätig werden dürfe oder müsse, nichts aussagen.

⁴ Dagegen erscheint es in dem Referat über das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, S. 191.

⁵ Von größerer Tragweite ist dagegen die Entscheidung für den bundesstaatlichen Bereich: hier ist die „föderale Subsidiarität“ in zwei Punkten bedeutsam akzentuiert (zu Art. 84 I GG: S. 209/211; zu Art. 30, 83 GG: S. 215/218). Dazu u. § 49.

schlüsse darüber, ob das Grundgesetz eine Kompetenzordnung zwischen öffentlicher Gewalt und Grundrechtsträgern, einen Katalog der Staatszwecke, erkennen läßt. Für die Verfassungspraxis des sozialen Rechtsstaates ist es dabei höchst bedeutsam, wie weit die Rechtsinstitute des Grundgesetzes den staatlichen Interventionen Schranken und Richtmaße setzen, wie weit die Technizität des Verfassungsrechts der Wirklichkeit des heutigen Gemeinwesens gewachsen ist.

Damit ist das Thema dieser Arbeit umschrieben: als *die grundsätzliche Frage nach dem verfassungsrechtlichen Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*. Im Mittelpunkt steht dabei das Subsidiaritätsprinzip als jenes Regulativ, das in der literarischen Auseinandersetzung zu dem eigentlichen Gegenstand geworden ist, an dem sich die Geister scheiden. Es soll jedoch versucht werden, die Lösungsmöglichkeit der Subsidiarität mit den denkbaren Gegenlösungen zu konfrontieren und auch diese am Verfassungsrecht zu messen. Es kann dabei nur um die *grundsätzliche* Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft gehen; die besondere Problematik der Einzelkonflikte soll dabei nicht erfaßt werden. Diese lassen sich ohnehin nur im Zusammenhang mit den einschlägigen Spezialdisziplinen lösen, die hier außer Betracht bleiben sollen, wie etwa dem öffentlichen Wirtschafts- und Sozialrecht, dem Arbeits- und Staatskirchenrecht. Die grundsätzliche Sicht eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Problems muß deshalb mehr mit teleskopischen als mit mikroskopischen Mitteln erfolgen.

Die Aufgabe erfaßt nicht das Subsidiaritätsprinzip in der Fülle seiner Anwendungsmöglichkeiten, die durch die formalen Relationen der „weiteren — engeren“ und „übergeordneten — untergeordneten“ Gemeinschaften bestimmt ist. Es geht allein um die Beziehung von Staat und Gesellschaft — damit allerdings um die wesentliche Beziehung eines freiheitlichen Sozialkörpers in der geschichtlichen Wirklichkeit von heute.

Wenn nach der verfassungsrechtlichen Geltung des Subsidiaritätsprinzips gefragt wird, das als naturrechtlicher Grundsatz entwickelt worden ist, scheint sich ein innerer Widerspruch aufzutun: Denn das positive Verfassungsrecht eignet sich nicht als Maßstab dazu, um überpositives Recht in seiner Geltung zu bestätigen, vielmehr muß es sich selbst nach der Rangordnung der Normen vor dem Naturrecht in seiner Gültigkeit bewähren. Jedoch soll die Frage eines überpositiven Geltungsgrundes in diesem Zusammenhang offen bleiben — nicht als Ausdruck eines rechtsphilosophischen Agnostizismus, sondern als Folge der thematischen Beschränkung. Die Aufgabe ist allein *rechtsdogmatischer* Natur.

Die Frage nach der Geltung des Subsidiaritätsprinzips im Bonner Grundgesetz wird von außen an das Verfassungsrecht herangetragen, da sein Text keine ausdrückliche Wesensbestimmung des Grundsatzes ent-

hält. Die Frage, ob der Grundsatz ungeschriebener Bestandteil der Verfassung sei, setzt bereits Klarheit darüber voraus, welchen Inhalt er aufweist. Hier aber tritt eine ungewöhnliche Schwierigkeit hervor: So (scheinbar) eindeutig nämlich der Ursprung des Subsidiaritätsprinzips ist, so vieldeutig sind die Inhalte und Bestrebungen, die sich hinter dem Begriff verbergen. Deshalb bewegt sich die juristische Auseinandersetzung im Grunde mehr um das richtige Verständnis des Grundsatzes als um seine rechtliche Anerkennung. Ehe das Geltungsproblem erörtert werden kann (Teil 2), muß also das Prinzip begriffliche Konturen gewonnen haben (Teil 1). Die Essenzfrage geht der Existenzfrage vor.

ERSTER TEIL

Das Wesen des Subsidiaritätsprinzips

Erster Abschnitt

Die Wesensbestimmung Problematik und Lösungsweg

1. In der vielschichtigen verfassungsrechtlichen Problematik um das Subsidiaritätsprinzip erhebt sich die größte Aporie bereits bei einer Frage, die nur außerhalb des Verfassungsrechts beantwortet werden kann: wie nämlich Inhalt und begrifflicher Umriß des Grundsatzes zu erfassen seien¹. Zwar taucht die Frage regelmäßig auf, wo ungeschriebenes Verfassungsrecht sichtbar gemacht werden soll, aber diese Frage gewinnt eine weitere Dimension, weil der schillernde Begriff des Subsidiaritätsprinzips proteushaft seinen Charakter wandelt, wo immer er auftritt, und sich der Festlegung in einer Definition zu entziehen scheint. Es muß jedoch ein *eindeutiger Ausgangspunkt* vorgegeben sein, wenn die Fragestellung sich nicht im Ungewissen verlieren soll. Dabei bleibt immer noch die Möglichkeit offen, daß die künftige Untersuchung Modifikationen und Nuancierungen des ersten Wesensverständnisses erzwingt.

Als Grundlage des Wesensverständnisses kommt zunächst der *Verfassungstext* in Betracht, könnte doch im *induktiven Verfahren* aus Einzelbestimmungen der allgemeine Wesensinhalt erschlossen werden. Allerdings setzt der Induktionsschluß bereits voraus, daß man von dem Ziel, auf das hin geschlossen werden soll, eine Vorstellung hat. Diese Vorstellung muß der Textanalyse vorausgehen, wenn nicht die Antwort bereits in die Fragestellung aufgenommen werden soll. Dieser Lösungsweg scheidet daher aus.

Näher liegt es, im *niederrangigen Gesetzesrecht* nach einer Ausformung des Subsidiaritätsprinzips zu suchen. So konnte die Verfassungsinterpretation etwa beim Übermaßverbot auf ein Institut des Polizeirechts zurückgreifen und brauchte dieses nur auf eine höhere Normstufe zu

¹ Ein eindrucksvolles Beispiel für die Schwierigkeit, das Subsidiaritätsprinzip begrifflich zu erfassen, ist die Diskussion auf der Staatsrechtslehrertagung 1966 — vgl. die Beiträge von *Ermacora, Kaiser, Ipsen* und *Stern*, VVDStRL 25 (1967), S. 436/437.

heben. In diesem Zusammenhang bieten sich vorkonstitutionelle Regelungen des Gemeindewirtschaftsrechts² und des Fürsorgerechts³ als Ansätze an, da sie als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips gedeutet werden. Erst recht gilt dies von den Vorrangbestimmungen des Bundessozialhilfe- und des Jugendwohlfahrtsgesetzes, da diese nach den Absichten des Gesetzgebers das Subsidiaritätsprinzip verwirklichen sollten⁴.

Aber keine dieser Normen ist mit dem Subsidiaritätsprinzip identisch. Sie sind entweder von vorneherein auf den Grundsatz als politisches, vorgesetzliches Leitbild bezogen gewesen oder werden a posteriori von ihm aus gedeutet. Sie stellen allenfalls seinen Ausdruck, seinen normativen Niederschlag dar. Es ist vorzuziehen, sogleich von diesem Leitbild auszugehen. Das gilt besonders, da es umstritten ist, ob die Gesetze nicht das Subsidiaritätsprinzip mißverstanden haben oder ob nicht nur ein Mißverständnis der Gesetze den Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip hergestellt hat⁵. Überdies sind die (angeblichen) Subsidiaritätsregelungen des Gesetzesrechts dergestalt auf konkrete Lebenssachverhalte bezogen, daß nur eine Abstraktion aus ihnen eine angemessene Grundlage für die verfassungsrechtliche Erörterung liefern könnte, falls eine solche Abstraktion aus den verschiedenen Gesetzesbestimmungen überhaupt auf einen gemeinsamen Nenner führen kann. Nicht auf diesem gemeinsamen Nenner liegen jedenfalls die Formen der rechtstechnischen Gesetzeskonkurrenz, die als „Subsidiarität“ bezeichnet werden⁶.

Überhaupt verspricht eine *etymologische* Untersuchung der Bezeichnung (etwa unter Rückgriff auf die Bedeutung des „subsidium“) keine Aufschlüsse⁷, so sehr diese Methode dem naiven Begriffsrealismus des Heidegger-Zeitalters auch entsprechen mag; denn der Name hat sich am Wesen zu rechtfertigen, nicht umgekehrt.

Als weiterer Weg öffnet sich die *Rechtsvergleichung*. Aber gerade hier werden Zweifel an der Festlegbarkeit des Subsidiaritätsprinzips eher bestärkt als behoben: So soll die autoritäre, ständestaatliche Dollfuß-Verfassung Österreichs von 1934 das Subsidiaritätsprinzip verwirklicht haben⁸, ebenso wie die korporativistische Salazar-Verfassung Portugals

² s. u. § 15.

³ Vgl. § 5 III Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 (RGBl. I, S. 100) und § 8 Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge i. d. F. vom 1. 8. 1931 (RGBl. I, S. 441). Dazu B. Merk, Die Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips im deutschen Fürsorgerecht, Diss. München 1956; Bender, DVBl. 1963, 89/90.

⁴ Vgl. die Rede des Ministers Würmeling in der 1. Beratung des JWG im Bundestag am 9. 12. 1960 (Bundestagssitzungsprotokoll, 3. Wahlp., S. 7724 f.). Weitere Nachweise aus der Entstehungsgeschichte bei Zacher, Freiheit, S. 55/56, 73/74 und passim; Emmelius, Diss., S. 114; s. im übrigen Einleitung, FN 1.

⁵ Vgl. bes. Süsterhenn, Gutachten, S. 20/22; Lerche, Verfassungsfragen, S. 20/48; Glaser, Diss., S. 44/53. Im übrigen s. o. Nachw. Einleitung, FN 1 (bes. die Verfassungsbeschwerden der Stadt Dortmund).

von 1933 als Ausdruck des Grundsatzes gewürdigt wird⁹. Auf der anderen Seite soll derselbe Grundsatz auch in der kommunistischen Verfassung der DDR von 1950 zu entdecken sein¹⁰ und mit dem marxistischen Mythos vom Absterben des Staates übereinstimmen¹¹.

Schließlich bietet sich die *Tradition der Staatstheorie* als Erkenntnisgrund an. Vor allem wird in liberalen und föderalen Lehren das Subsidiaritätsprinzip wiedererkannt¹². Aber es wird eben auch nur *wieder*-erkannt. Es werden Entsprechungen festgestellt aus einem Vorverständnis dessen heraus, was das Subsidiaritätsprinzip beinhaltet. Und dieses Vorverständnis ergibt sich hier wie bei der Auslegung der gesetzlichen Subsidiaritätsregelungen aus einem einzigen Bestimmungsgrund: aus der *katholischen Soziallehre*, auf welche die Frage nach dem Wesen des Subsidiaritätsprinzips unausweichlich hinführt.

2. Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob die katholische Subsidiaritätslehre Originalität oder Monopolcharakter aufweise. Das ist — auch nach ihrem Selbstverständnis¹³ — nicht der Fall. Wohl aber hat die kirchliche Doktrin die weltweite Beschäftigung mit dem Subsidiaritätsprinzip ausgelöst. Sie hat ihr das Thema gestellt. Die klassische päpstliche Formulierung und die zum Lehrsystem entfaltete kirchliche Interpretation haben den Kristallisationskern geschaffen, um den sich die Deutungen, Anerkennungen und Ablehnungen des Grundsatzes ordnen lassen. Das gilt auch von den rechtlichen Erörterungen des Subsidiaritätsprinzips, die unmittelbar oder mittelbar auf den von der katholischen Soziallehre entwickelten Begriff zurückführen¹⁴. So werden aus dieser Sicht Formu-

⁹ s. u. § 16.

⁷ Solche Versuche finden sich bei *Küchenhoff*, Staatsverfassung, S. 74; in seinen Bahnen die Diss. von *Schütz*, S. 1/2. s. auch *Messner*, Naturrecht, S. 298.

⁸ Dazu s. u. § 4, FN 10.

⁹ So *Maunz*, Th., Salazar und die portugiesische Verfassung, in: Salazar et son oeuvre, Lissabon 1956, S. 9 (16/17).

¹⁰ So *Maunz*, Staatsrecht, § 44 II (zum Verhältnis von Gemeinden zu Gemeindeverbänden). — Als Seitenstück kann die Deutung des nationalsozialistischen Gemeindewirtschaftsrechts als Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips hinzugefügt werden (s. u. § 15).

¹¹ So *Sax*, JZ 1959, 779/780. — Es wird aber auch *Nietzsches* zugleich antisozialistisches wie staatsfeindliches Postulat „So wenig Staat wie möglich“ mit dem Subsidiaritätsprinzip gleichgesetzt (so *Messner*, FN 7, S. 304 — zu *Nietzsche*, Menschliches, Allzumenschliches, § 473; *Morgenröte*, § 179).

¹² s. u. §§ 7/13.

¹³ Eine solche Annahme würde der naturrechtlichen Interpretation widersprechen, die von theologisch-dogmatischen Begründungen absieht. s. u. §§ 2/6. Dazu besonders *Süsterhenn*, Festschrift für Höffner, S. 227/233; *Küchenhoff*, NJW 1968, S. 434/435.

¹⁴ Die grundsätzlichen rechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Subsidiaritätsprinzip gehen sämtlich unmittelbar auf die katholische Soziallehre ein, etwa die Arbeiten von *Herzog* (Der Staat 2, 1963, S. 399/423, und EvStL, Sp. 2266/2271), *Thieme* (Subsidiarität, S. 12/23), *Hans Barion* (Der Staat 3, 1964,

lierungen Georg Jellineks nachträglich als Aspekte des Subsidiaritätsprinzips gedeutet und in das allgemeine Bewußtsein gehoben¹⁵; unmittelbare Wirkungen sind jedoch von Jellineks Thesen nicht ausgegangen. Vollends in Vergessenheit geraten ist die umfassende Vorwegnahme des Subsidiaritätsprinzips (der Sache, nicht dem Namen nach) bei Robert von Mohl¹⁶, dessen staatsrechtliche Grundlegung und juristische Durchdringung des Prinzips bis heute unerreicht sind und dem trotzdem die wissenschaftliche Weiterwirkung versagt geblieben ist — weil ihm die geistesgeschichtliche Stunde nicht günstig war, weil er den Kairós verfehlte.

Mit dem Rückgriff auf die metajuristische katholische Soziallehre ergeben sich besondere Schwierigkeiten. Diese liegen weniger darin, die eigentümliche Allergie zu überwinden, die einer vorurteilslosen Analyse eines kirchlich formulierten Grundsatzes im Wege steht, und *sine ira et studio* vorzugehen, als darin, daß der Jurist mit einem philosophischen System konfrontiert wird, das auf völlig anderen Voraussetzungen beruht als denen, welche die positive Rechtsordnung und ihre Methodologie begründen: hie die scholastischen Prämissen des kirchlichen Naturrechtsphilosophen — hie die überwiegend kantianischen Axiome des Juristen. Die gängige Polemik gegen das Subsidiaritätsprinzip leidet ebenso wie seine unkritische Anerkennung unter den Mißverständnissen, die aus diesen „Übersetzungs“-Schwierigkeiten herrühren. Die *Qualifikation* — dem Juristen selbstverständlich, wenn es um den Vergleich von Normen verschiedener Rechtskreise geht — wird noch nicht einmal als problematisch erkannt, wenn der Überstieg in eine andere geisteswissenschaftliche Disziplin versucht wird. Der Qualifikation wird das Hauptaugenmerk gelten müssen, wenn es gilt, den Subsidiaritätsgrundsatz für die verfassungsrechtliche Geltungsfrage zu erschließen und aufzubereiten.

3. Von diesem archimedischen Punkt aus ist auch die Möglichkeit gegeben, in der Überlieferung des *deutschen Staatsdenkens* den Zusammenhängen mit dem Subsidiaritätsprinzip nachzuspüren. Es wird sich nachweisen lassen, daß Wurzeln der Subsidiaritätslehre in diesen Bereich hinabreichen. Es soll jedoch nicht die Genesis des Grundsatzes dargestellt werden¹⁷; es geht nur um beispielhafte, idealtypische Verwirklichungen.

1/39) und Herbert Krüger (Allgemeine Staatslehre, S. 772/775). — Eine mittelbare Beziehung zur kirchlichen Soziallehre zeigt etwa Ballerstedt (GR III/1, S. 55, Anm. 146). Zwar erwähnt er sie bei seiner Darstellung des Grundsatzes nicht ausdrücklich, wohl aber führt er u. a. den Beitrag *Süsterhenns* in der Nawiasky-Festschrift an; dort wird unmittelbar die päpstliche Lehre behandelt. Eine andere Verweisungskette führt von Ipsen (FN 1) über Dirig (M-D, Art. 2 I/Rdnr. 52, Art. 1 I/Rdnr. 54) u. a. auf Süsterhenn (a.a.O.), Marcic (Gesetzesstaat) und von diesen auf die kirchliche Doktrin.

¹⁵ s. u. § 13.

¹⁶ s. u. § 12.

¹⁷ Zu einer Geistesgeschichte des Subsidiaritätsprinzips, die nicht nur die

Geschichtliche Aspekte sollen nur soweit dargestellt werden, als sie Aufschlüsse für die *rechtsdogmatische* Problematik verheißen.

Wenn das Wesen des Subsidiaritätsprinzips auf einer vorrechtlichen Ebene erfaßt ist, bietet sich auch die Möglichkeit an, zu untersuchen, ob es bereits in einer *Gesetzesregelung* positiv-rechtliche Gestalt angenommen hat; als Beispielfall diene § 67 DGO. Nunmehr sind auch die Voraussetzungen dafür geschaffen, das Subsidiaritätsprinzip anerkannten *Grundsätzen und Institutionen der positiven Rechtsordnung* gegenüberzustellen und auf seinen spezifischen Aussagewert zu untersuchen. Damit führt die Wesensfrage von einem sozialphilosophischen Ausgangspunkt in den Bereich des geltenden Rechtssystems hinein.

Zweiter Abschnitt

Die Entfaltung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre

I. Die Proklamation in der Enzyklika „Quadragesimo anno“

Seine klassische Formulierung fand das Subsidiaritätsprinzip in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ Papst Pius' XI. vom 15. Mai 1931¹.

1. Das päpstliche Lehrschreiben entwirft das Leitbild einer neuen gesellschaftlichen Ordnung, die durch institutionelle und ethische Reformen zu erreichen sei. Es geht davon aus, daß sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit die Ordnungselemente weithin im modernen Individualismus aufgelöst hätten. Das einst blühend und reichgegliedert in einer Fülle verschiedenartigster Gemeinschaftsformen entfaltete Sozialleben sei derart zerschlagen und nahezu ertötet worden, daß schließlich fast nur noch die Einzelmenschen und der Staat übrig geblieben seien. Der

aristotelisch-thomistischen Traditionen berücksichtigen müßte, sind bisher allenfalls Ansätze unternommen worden, so besonders von *Kuijlaars*, Diss., S. 19/105; *Messner*, Die soziale Frage, S. 614/617; *Utz*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Subsidiaritätsprinzips, S. 7/17; *Süsterhenn*, Festschrift für Höffner, S. 227/233.

Im Regelfall reichen die historischen Belege nicht über willkürliche Anthologien zusammenhangloser Zitate hinaus, die (angeblich) das Subsidiaritätsprinzip wiedergeben sollen (vgl. etwa *Nell-Breuning-Prinz*, Hilfreicher Bestand, Nr. 1744, oder *Süsterhenn*, a.a.O.; die Zitate reichen von Dante bis Lincoln).

Ebenso fehlt die Untersuchung darüber, in welchem Maße das Subsidiaritätsprinzip sich in der geschichtlichen Wirklichkeit hat durchsetzen können.

¹ Die Enzyklika „Quadragesimo anno“ (= Q. a.) ist veröffentlicht in AAS XXIII (1931), S. 177/228 (das Subsidiaritätsprinzip S. 203). Die Zitierweise folgt der von *Gundlach* vorgeschlagenen, üblichen Numerierung. Die nachfolgende Wiedergabe der Lehrverkündung bezieht sich auf n. 78/80.

Staat leide deshalb unter einem Übermaß von Obliegenheiten, die ihm von den Gemeinschaften zugefallen seien, die er verdrängt habe.

Der Papst räumt zwar ein, daß im Lauf der Geschichte Aufgaben den größeren Gemeinschaften zuwachsen, welche die kleineren nicht mehr bewältigen können, und verurteilt damit den Zentralisierungsprozeß nicht schlechthin, aber er hebt als unverrückbar ein sozialphilosophisches Prinzip hervor: „Fixum tamen immotumque manet in philosophia sociali gravissimum illud principium quod neque moveri neque mutari potest: sicut quae a singularibus hominibus proprio Marte et propria industria possunt perfici, nefas est eisdem eripere et communitati demandare, ita quae a minoribus et inferioribus communitatibus effici praestarique possunt, ea ad maiorem et altiorem societatem avocare iniuria est simulque grave damnum ac recti ordinis perturbatio; cum socialis quaevis opera vi naturae sua subsidium afferre membris corporis socialis debeat, numquam vero eadem destruere et absorbere.“² Dieser Grundsatz wird durch die Forderung ergänzt, der Staat solle Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung kleineren Gemeinschaften überlassen, damit er selbst seine ausschließlichen Zuständigkeiten um so ungehinderter, machtvoller und wirksamer wahrnehmen könne, durch Leitung, Überwachung, Nachdruck und Zügelung — je nach Umständen und Erfordernis. Je sorgfältiger dieses „*„subsidiarii“ officii principium*“ beobachtet und die hierarchische Ordnung unter den verschiedenen Gemeinschaften³ gewahrt werde, um so stärker stünden gesellschaftliche Autorität und Wirkkraft da, um so glücklicher sei es auch um den Staat bestellt.

2. Dieses Subsidiaritätsprinzip hat eine aus sich wirkende Klarheit und Überzeugungskraft. Der Grundsatz, den spätere päpstliche Verlautbarungen wiederholt hervorgehoben haben⁴, konnte deshalb ein Maß von Aner-

² Q. a. n. 79 — Die amtliche römische Übersetzung lautet: „Es muß allzeit unverrückbar jener oberste sozialphilosophische Grundsatz festgehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“ (Dt. Text zit. nach Jostock, Die sozialen Rundschreiben.) Umstritten ist an der Übersetzung vor allem, ob das Wort „gravissimum“ einen Elativ oder einen Superlativ enthält; da die Übersetzung die zweite Möglichkeit gewählt hat („jener oberste sozialphilosophische Grundsatz“), hat sich an der philologischen Frage scholastischer Scharfsinn entzünden können. Vgl. dazu Link, Subsidiaritätsprinzip, S. 3, 18/19, 54; Messner, Naturrecht, S. 295, Anm. 1; Rauscher, Subsidiaritätsprinzip, S. 54.

³ Q. a. n. 80: „*hierarchicus inter diversas consociationes ordo*“.

⁴ Besonders häufig berief sich Papst Pius XII. auf ihn: vgl. Brief v. 18. 7. 1947 (zitiert in Utz-Groner, Die soziale Summe Pius XII., 3 Bde., Freiburg/Schw.

kennung finden, das keine andere Forderung der päpstlichen Soziallehre in den letzten Jahrzehnten erreicht hat. Diese Evidenz verliert sich allerdings dann, wenn der Grundsatz philosophisch begründet oder praktisch angewendet werden soll. Während die päpstliche Formulierung als solche — auch im außerkirchlichen Bereich — weithin der Auseinandersetzung entrückt ist, haben sich an ihrer Auslegung Kontroversen entzündet. Das gilt auch von den innerkirchlichen Interpretationsbemühungen⁵.

„Quadragesimo anno“ bewertet zwar das Subsidiaritätsprinzip als „gravissimum“ innerhalb der Sozialphilosophie, entwickelt aber kein eigenes philosophisches Lehrsystem, in das der Grundsatz systematisch einbezogen ist. Vielmehr steht das Lehrschreiben Pius' XI. — wie alle Sozialenzykliken seit Leo XIII. — selbst in der philosophischen Tradition der katholischen Kirche, der *philosophia perennis*⁶.

Diese Tradition bildet auch die Grundlage der Interpretation des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre, soweit sie philosophisch ausgerichtet ist. Allein der philosophische Aspekt kommt in Be-

1954/61 = U—G, Nr. 3255); Rede vom 24. 12. 1942, AAS XXXV (1943), 9 ff. = U—G, Nr. 231; Ansprache v. 20. 2. 1946, AAS XXXVIII (1946), 141 ff. = U—G, Nr. 4094/99; Ansprache v. 7. 3. 1948, U—G, Nr. 3433; Rede v. 13. 4. 1956, U—G, Nr. 6120/21; Rede v. 17. 2. 1956, U—G, Nr. 5747; Rede v. 10. 11. 1957 AAS XLIX (1957), 1024 ff. = U—G, Nr. 5040/41; Ansprache v. 5. 10. 1957, AAS XLIX (1957), 922 ff. = U—G, Nr. 5992.

Papst Johannes XXIII wiederholte die Formulierung von Q. a. wörtlich in seiner Enzyklika *Mater et Magistra* v. 15. 5. 1961 (AAS LIII, 1961, 401; n. 53, dt. Ausgabe Welty). In der Enzyklika *Pacem in terris* v. 11. 4. 1963 wird das Subsidiaritätsprinzip auf das Verhältnis zwischen staatlichen und überstaatlichen Instanzen ausgedehnt (AAS LX, 1963, 257, n. 140/141; dt. Ausgabe Utz).

Das II. Vatikanische Konzil berief sich mehrfach auf das Subsidiaritätsprinzip: die Pastoralkonstitution über die Kirche in der Welt von heute („*Gaudium et spes*“) v. 7. 2. 1965 — als Maß der weltweiten Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse durch die internationale Gemeinschaft (n. 86); die Erklärung über die christliche Erziehung („*Gravissimum educationis*“) v. 28. 10. 1965 — als Maß des staatlichen Erziehungsauftrages (n. 6). Dt. Ausgabe der Beschlüsse: *Rahner, K. — Vorgrimler, H.*, Kleines Konzilskompendium, Freiburg i. Br. 1966.

⁵ Kommentierungen zu Q. a., bes. zum Subsidiaritätsprinzip: v. *Nell-Breuning*, Die soziale Enzyklika, bes. S. 137/147; *Retzbach*, Erneuerung, S. 76/92; *Schuster*, Soziallehre, S. 94/131; *Link* (FN 2), S. 2/20.

⁶ Das Subsidiaritätsprinzip wird — wenn es auch nicht abstrakt formuliert wird — weithin schon durch *Papst Leo XIII.* vorweggenommen. Vgl. Enzyklika *Rerum novarum* v. 15. 5. 1891 (AAS XI, 1892, 97; dt. *Grundlach*, Die sozialen Rundschreiben) vgl. zum Subsidiaritätsprinzip bes. n. 24/26, 28/41. Zum Subsidiaritätsprinzip in R. n., *Link* (FN 2), S. 27/34.

Vorbereitend wirkte für die päpstliche Lehre das Werk *Heinrich Peschs*, der dem Staat nur eine subsidiäre Funktion in der Verwirklichung der öffentlichen Wohlfahrt zuerkannte: Lehrbuch, 1. Bd., S. 160/162, 381, 2. Bd. 1925, S. 241, 245, 248/329; *Liberalismus*, S. 456, 488/491. Der spätere Mainzer Bischof *Ketteler* äußerte als Abgeordneter der Paulskirchenversammlung am 18. 9. 1948 Thesen, die mit dem Subsidiaritätsprinzip bei Robert von Mohl (s. u. 4. Abschn.) weit- hin übereinstimmen (s. Zitat bei *Brauer, T.*, *Ketteler*, Hamburg o. J., S. 15/16).

tracht. Denn Geltung und Inhalt hängen — jedenfalls nach kirchlichem Selbstverständnis — nicht von theologischen Prämissen ab; vielmehr wird dem Grundsatz naturrechtlicher Charakter zugesprochen, der ohne Bezug auf den Offenbarungsglauben für alle Menschen mit dem Licht natürlicher Vernunft einsichtig und annehmbar sei. Es liegt aber ein Paradoxon darin, daß ausgerechnet die Versuche, über ein philosophisches Naturrecht die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes zu erweisen, den Widerspruch gegen das Subsidiaritätsprinzip erst in vollem Maße ausgelöst und den Verdacht genährt haben, daß es sich um einen spezifisch katholischen Grundsatz handele⁷. Es ist deshalb unerläßlich, um die kirchliche Deutung des Subsidiaritätsprinzips zu erfassen, ihre sozialphilosophischen Voraussetzungen zu untersuchen.

II. Der philosophische Hintergrund — die neuscholastische Naturrechtslehre

Die philosophischen Grundlagen der katholischen Soziallehre (soweit sie für die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips Bedeutung gewonnen hat¹), liegen in der *neuscholastischen Naturrechtsdoktrin*, in der das thomistische Gedankengut weiterlebt².

1. Das Naturrechtssystem wird nur verständlich aus den *ontologischen Voraussetzungen*, in denen es gründet:

⁷ Soweit das Subsidiaritätsprinzip Kritik von Niveau erfährt, richtet sich diese vornehmlich gegen seine sozialphilosophischen Prämissen in der kirchlichen Lehre; so vor allem bei *Rendtorff*, *Der Staat* 1 (1962), 405/430, und *Herzog*, *Der Staat* 2 (1963), 399/423. Herzogs Kritik weist auf widersprüchliche Erscheinungen in der kirchlichen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips hin, erklärt sie aber nicht, da er ihre philosophischen Hintergründe nicht untersucht. — Nachw. zur Kritik von Seiten der protestantischen Sozialethik s. u. § 27, zur neoliberalen Kritik s. u. § 30.

¹ Es geht in diesem Abschnitt nicht um die katholische Philosophie schlechthin (vor allem nicht um den Augustinismus und Scotismus), sondern nur um die Tendenzen und Gesichtspunkte, die für die Subsidiaritätsdoktrin aufschlußreich sein können und die sich — im wesentlichen auf den deutschsprachigen Raum beschränkt — in den letzten Jahrzehnten herausgebildet haben.

² Zur neuscholastischen Naturrechtsphilosophie vgl. *Cathrein*, *Moralphilosophie*; dens., *Recht, Naturrecht und positives Recht*; *Gundlach*, *Ordnung*, 1. Bd., S. 49/201; *Messner*, *Naturrecht*, S. 23/504; *Utz*, *Sozialethik mit Bibl.*; *Welty*, *Gemeinschaft*; *Kuijlaars*, *Diss.*; *Klüber*, *Grundlagen*, bes. S. 7/18; dens., *Naturrecht*; *Knoll*, *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*; zusammenfassend: *Bochenski*, J. M., *Europäische Philosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., Bern 1951, S. 242/253; *Müller*, M., *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 2. Aufl., Heidelberg 1958, S. 14/31, 95/100 (zum Subsidiaritätsprinzip S. 95/100). — Allgemein zur katholischen Soziallehre: *Gundlach*, *Ordnung*, S. 19/48; *Klüber*, *Grundlagen*; ders., *EvStL*, Sp. 2064/2071; *Monzel*, N., *Katholische Soziallehre I*, Köln 1965, S. 61/147; *Nell-Breuning*, O. v., *StdZ* 89 (1963/64), S. 208/220; *Wildmann*, *Festschrift f. Gundlach*, S. 59/71; *Hans Maier*, *Kath. Sozial- u. Staatslehre u. neuere dt. Staatslehre*, AÖR 93 (1968), 1/36.

Dem scholastischen Naturrecht ist jene Spaltung zwischen Sein und Sollen fremd, die den nachkantianischen Methodendualismus zwischen Wirklichkeits- und Wertwissenschaft hervorgerufen hat und die bis heute zu den Voraussetzungen des juristischen Denkens gehört. Für das scholastische Naturrecht fällt die (ontologische) Wesensordnung mit der (ethischen) Wertordnung zusammen.

Alles Seiende hat seinen vorbestimmten Ort im umgreifenden Zusammenhang des Seins. Dieser Ort bestimmt das jedem Einzelnen zukommende *Wesen* (essentia). Die Wesenheiten bilden eine hierarchisch gestufte Ordnung, in der sich das Sein analog darstellt. Sie steigen von der niedrigsten Stufe der geschöpflichen Welt, dem ungeprägten Stoff, der *materia prima*, auf bis zum Schöpfer-Gott als der *forma formans*. Das Niedere ist auf das Höhere zugeordnet, der Teil auf das Ganze.

Jedes Individuum ist auf sein allgemeines Wesen bezogen, als Wirklichkeit auf die Möglichkeit. Es erfüllt seinen Daseinszweck dadurch, daß es seine Wesenspotenz aktualisiert. Das Wesen bildet somit das vorgegebene Ziel alles Seienden — es ist zugleich Seinstatbestand und ethische Norm: *agere sequitur esse*. Während die vernunftlose Kreatur ihr Wesensziel unbewußt verwirklicht, muß das *animal rationale* in freier Entscheidung an sein Wesensziel gelangen. Die Freiheit des Menschen ist aber nicht eine beliebige, sondern eine final determinierte Wahl im vorgegebenen *Ordo* der Werte und Güter.

Die Person des Menschen bildet als Ebenbild Gottes einen Selbstzweck im ontologischen Wertkosmos. Der Personcharakter schließt nicht aus, daß der Mensch auch *ens sociale* ist: sein Personsein erfüllt sich erst in der Gemeinschaft der Mitmenschen. Die Gemeinschaftsformen spiegeln den Wesens-*Ordo* auf institutioneller Ebene wider. Sie sind damit selbst hierarchisch gestuft nach der Höhe des Wertes, den sie als Entelechie in sich tragen. Der Staat als die umfassendste Gemeinschaft (*societas perfecta*) ist den Verbänden, die nur partikuläre Zwecke verwirklichen, übergeordnet; da der Wert des Schönen höher steht als der des Nützlichen, stehen die Einrichtungen der Kultur über denen der Wirtschaft.

Diese Hierarchie der Werte und Wesenheiten ist dem *lumen naturale* der menschlichen Vernunft erkennbar. Das scholastische Naturrecht ist damit intellektualistisch: *nihil volitum, nisi cognitum*. Der erkenntnisphilosophische Optimismus braucht schon deshalb nicht in Frage gestellt zu werden, weil in der Hierarchie der menschlichen Institutionen die Klugheit des jeweils höheren Naturrechtsinterpreten durch jeweils höhere Autorität sanktioniert wird. (Vom Intellektualismus zum Positivismus ist also nur ein Schritt.)

2. Der Gegensatz von Sein und Sollen ist damit in der Wesensphilosophie aufgehoben: *ens et bonum convertuntur*. Ein anderer Gegensatz

ist an seine Stelle getreten: der zwischen dem *übergeschichtlichen* Wesen — Zweck — Ordo und seiner *existentiellen Verwirklichung in der Geschichte*³. Da das konkret Individuelle sich wesensphilosophisch nicht erfassen läßt (*individuum est ineffabile*), beschränkt sich die scholastische Lehre auf die allgemeinen Wesensformen, die dem geschichtlichen Wandel entrückt sind.

Sie bietet damit ein Naturrecht, das nicht Funktion der geschichtlichen Entwicklung sein, sondern dieser das Ziel setzen soll. Die neuscholastische Naturrechtslehre hat nicht den „Apfel vom Baum der historisierenden Erkenntnis“ gegessen, den „Sündenfall des Historismus“ (Meinecke) nicht mitgemacht⁴.

In diesem Spannungsverhältnis von kontingenter Geschichtlichkeit und ontologischer Wesensverfassung steht die päpstliche Lehrverkündung des Subsidiaritätsprinzips: auf der einen Seite die konkrete, empirisch beobachtete Gesellschaft, die sich in den geschichtlichen Veränderungen von ihrem Wesensziel entfernt hat und deformiert ist — auf der anderen Seite das sozialphilosophische Prinzip, das „*fixum tamen immotumque manet*“. Aus diesem Ansatz heraus sei das Subsidiaritätsverständnis der katholischen Soziallehre in den Grundzügen dargestellt.

III. Der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips — abstraktes Sozialmodell oder konkrete Gesellschaftsverfassung

1. Nach der päpstlichen Formulierung ist das Subsidiaritätsprinzip zwischen dem Einzelmenschen und der Gemeinschaft, zwischen größeren und kleineren, höheren und niederen Verbänden anwendbar. In den Gegensatzpaaren „*maius — minus*“, „*altius — inferius*“ zeigen sich die Modellvorstellungen von konzentrischen Gesellschaftskreisen, die sich um das Individuum als ihren Mittelpunkt legen, und von einer Stufenleiter der

³ Dieser Dualismus ist im platonischen Idealismus am stärksten ausgeprägt, im aristotelischen Realismus aber nicht aufgehoben, da auch der Stagirite ein essentialistisches System entworfen hat. Der Doppelsinn des aristotelischen Naturbegriffs (*ideale Wesenheit* und *reale Wesensverwirklichung*) ermöglicht der Naturrechtslehre den Zirkelzuschluß, das, was man für gut hält, für das Naturgemäße zu erklären, und dann hinterher das Naturgemäße in den Bestimmungsgrund des Guten umzuwandeln (vgl. *Welzel*, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1955, S. 30/31, 61). Die neuscholastische Naturrechtslehre bietet viele Belege für solche Operationen.

⁴ Vgl. *Meinecke*, F., *Idee der Staatsraison*, München 1957, S. 500 (zur christlichen Staatsethik). Zur Ungeschichtlichkeit des neuscholastischen Naturrechts vgl. bes. *Knoll* (FN 2) und *Max Müller* (FN 2). Zum Ansatz eines neuen geschichtlichen Naturrechtsdenkens in der katholischen Lehre vgl. *David*, J., *Wandelbares Naturrecht?*, in: *Maihofer*, *Naturrecht*, S. 480/493; *Max Müller*, *Freiheit I—II*, StL Bd. 3, Sp. 528/538; dens., *Naturrecht*, StL Bd. 5, Sp. 929/932; kritisch dazu: *J. Hommes*, *Die geschichtliche Dynamik des Naturrechts*, Festschrift f. Gundlach, Münster 1962, S. 73/91.

sozialen Instanzen. In diesen Modellen stehen zahlreiche Verbände im Über-/Unterordnungsverhältnis. Sie wirken nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind so aufeinander bezogen, daß eine wechselseitige Ergänzung möglich ist. Diese Modelle lassen zunächst nur formale Strukturen erkennen.

a) Hinter der Vorstellung eines „hierarchicus inter diversas consociationes ordo“ erscheint aber das Bild eines *organischen* Gemeinwesens¹, in dem ein jedes Glied, nach dem Beitrag, den es zum Wohl des Ganzen leistet, seinen festen Platz in der Ordnung zugewiesen erhält, in dem das niedere Glied dem höheren zu dienen bestimmt ist. Der Ordo der Gesellschaft spiegelt die Vielfalt der menschlichen Zwecke und Fähigkeiten wider. Die menschliche Gleichheit, die in der gemeinsamen Menschenatur wie im letzten eschatologischen Daseinsziel begründet ist, bildet als abstrakter Begriff nicht das Aufbauprinzip eines egalitären Staates, sondern nur das tertium comparationis, das eine ständische Stufenordnung als analogen Ausdruck der menschlichen Verschiedenheit erkennen läßt. Die Einheit des Gemeinwesens erwächst nicht aus der Gleichheit, sondern aus der Mannigfaltigkeit. So wie der Körper aus der organischen Verbindung der unterschiedlichen Glieder besteht, so geht auch die Gemeinschaft des Staates aus den mannigfaltigen sozialen Bildungen und Funktionen hervor. Die Integration aller sozialen Zwecke erhebt den Staat zur *societas perfecta*. Diese Harmonie des Zweck-Ordo im Widerschein eines ständischen Gemeinwesens fand seinen höchsten Ausdruck in der Staatslehre des Aquinaten².

Die thomasische Sozialphilosophie gründete aber in der mittelalterlichen Wirklichkeit. Sie bot deren metaphysisch überhöhten Idealtypus. Diese Übereinstimmung mit der Wirklichkeit ist verloren gegangen, seit die Reste des Feudalsystems abgetragen worden sind. Die Organismuslehre hat damit polemischen Charakter gegenüber der Realität gewonnen. Sie hält der Realität das Gegenbild einer heilen Welt vor und nimmt die Züge des Restaurativen oder des Utopischen an. Diese Tendenzen sind der katholischen Soziallehre seit der französischen Revolution eigentümlich³; die Lehre wird geprägt von der Abwehrhaltung gegen die indivi-

¹ Zur organischen Staatslehre katholischer Provenienz: Giers, J., *Wesen und Wandel des organischen Denkens in der katholischen Soziallehre*, Festschrift für Höffner, Münster 1966, S. 53/68 mit Nachw.; vgl. ferner Kliesch, NO 7 (1953), 257/267; Schuster, *Soziallehre*, S. 66/93; Welty, *Gemeinschaft*, S. 163/284; Utz, *Friedenszyklika*, S. 26/29, 51/53; ders., *Sozialethik I*, S. 45; Tischleder, *Staatslehre*, S. 64/132.

² Dazu Troeltsch, E., *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, Ges. Schriften I, 3. Aufl., Tübingen 1923, S. 279/303; Meyer, H., *Thomas von Aquin*, 2. Aufl., Paderborn 1961, S. 544/650; Hirschberger, J., *Geschichte der Philosophie I*, Basel 1963, S. 464/526; Linhardt, R., *Sozialprinzipien*, S. 132/173; Dempf, A., *Sacrum Imperium*, 3. Aufl., Darmstadt 1962, S. 376/394.

³ Zur ständischen Idee im kirchlichen Denken der Restaurationszeit: Schnabel, F., *Deutsche Geschichte im 19. Jh. II*, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1949, S. 25/26.

dualistischen und egalitären Bestrebungen, die das Gefüge der modernen Gesellschaft prägen. Während sich bei Thomas die Begegnung der Metaphysik mit der geschichtlichen Realität vollzogen hatte, liegt in der heutigen Organismuslehre die ständige Versuchung, der Auseinandersetzung mit der „deformierten“ Wirklichkeit auszuweichen und in künstliche Paradiese zu flüchten.

b) Trotzdem hat der moderne *Individualismus* die Gesellschaftslehre der Kirche wesentlich geprägt und einen grundlegenden Unterschied zur thomasischen Staatslehre hervorgerufen⁴: Das Ordnungssystem des mittelalterlichen Denkers war transpersonalistisch und patriarchalisch ausgerichtet. Die Legitimation wirkte in einer Ordnung der Autoritäten von oben nach unten; vom Schöpfergott fiel ein Abglanz auf den Landesherrn und gelangte nach zahlreichen Brechungen bis zum pater familias hin. Das moderne Subsidiaritätsprinzip aber geht vom Einzelnen aus. Es begründet die Legitimation *von unten nach oben* und löst den Primat der Autorität durch den Primat der Freiheit ab. Das theozentrische System wird durch ein anthropozentrisches ersetzt, die transpersonale Ordnung wird personalistisch umgepolt⁵. Das Subsidiaritätsprinzip ist also das Ergebnis einer geistesgeschichtlichen Synthese zwischen dem gesellschaftsorganischem Ordnungsdenken (scholastisches Erbgut) und der liberalen Staatslehre (Adaptierung neuzeitlicher Denkweise)⁶. Die Synthese besteht darin, daß der föderale Sozialbau liberal legitimiert wird.

2. Diese Synthese wird von der katholischen Sozialphilosophie auf der Ebene der Wesensziele — also in der Ontologie — vollzogen. Ist sie aber

Zur kath. Soziallehre als Nachfolgerin der polit. Romantik: F. Müller, *Korporation*, S. 142/145.

⁴ Ansätze zu dieser Feststellung finden sich bei Utz, *Grundlagen*, S. 7/17; *dems.*, *Recht*, S. 563/570, 490/499; *Schwer*, W., *Stand und Ständeordnung im Weltbild des Mittelalters*, 2. Aufl., Paderborn 1952, S. 8/16.

⁵ Die personalistische Wende, deren Ergebnis das Subsidiaritätsprinzip ist, zeigt, in welchem Maße die Kirche vom modernen säkularisierten Staat abgerückt ist. Mißtrauen gegen den entchristlichten, laizistischen Staat und die Hoffnung, selber durch Zurückdrängung der Staatlichkeit, sei es unmittelbar über den Einzelnen, sei es durch das Medium kirchlicher Verbände, stärkeren privaten und öffentlichen Einfluß zu gewinnen, sind pragmatische Begleitmotive der kirchlichen Annahme des Subsidiaritätsprinzips wie überhaupt des Umstandes, daß sie sich liberal-individualistische Forderungen zu eigen gemacht hat (Elternrecht!). So bildet für Utz (*Formen*, S. 105/128) das Subsidiaritätsprinzip nur die zeitbedingte Reaktion auf die sittliche und religiöse Entleerung des ideologisch neutralen Rechtsstaates. Kritiker deuten den Grundsatz deshalb auch als machtpolitisches Instrument der Kirche — so Jöhr, W. A., *Die ständische Ordnung*, Leipzig 1937, S. 60; *Rendtorff*, *Der Staat* 1 (1962), 418, 426/427.

Eine philosophische Ableitung der Subsidiarität aus dem Wesen der Freiheit im Verständnis der aristotelisch-thomistischen Tradition gibt *Max Müller* (*Freiheit*, StL Bd. 3, Sp. 536/538).

⁶ Zu den Bewegungen im säkularen Raum und ihrem Verhältnis zum Subsidiaritätsprinzip s. u. §§ 7/13.

auch in der Realität nachvollziehbar, in der, wie „Quadragesimo anno“ feststellt, die organischen Zwischengewalten zumeist zerschlagen sind und in der scholastische Sozialphilosophen aus der Warte der Wesensmetaphysik einmütig nichts weiter zu erblicken vermögen als Atomismus? Soll die Geltung des Subsidiaritätsprinzips nicht solange suspendiert werden, bis die heile Zweckordnung in die Wirklichkeit überführt worden ist?

Die kirchliche Soziallehre gibt die einhellige Antwort, das Subsidiaritätsprinzip solle aktuell gelten.

a) In der gegenwärtigen Gesellschaftsverfassung ist aber jene hierarchische Zuordnung, auf die sich der neuscholastische Grundsatz bezieht, nur in wenigen Relationen erkennbar, da die meisten sozialen „Einheiten“ in einem rivalisierenden Nebeneinander stehen und da jener Prozeß des Auseinander-Hervorgehens der Lebenskreise nicht eindeutig erkennbar ist. Der Versuch, das Kriterium der „Personnähe“ einzuführen, ermöglicht keine soziologischen oder konkret normativen Unterscheidungen. Das Kriterium enthält lediglich den Rückgriff auf den ontologischen Wesensordo, und muß damit dem Pragmatiker als *petitio principii* erscheinen. Mit Evidenz ist nur eine einzige Instanz den übrigen gesellschaftlichen Einheiten übergeordnet: der Staat. So drängt sich der Anwendungsbereich des aktuellen Subsidiaritätsprinzips wesentlich auf eine einzige Beziehung zusammen — die zwischen Staat und Gesellschaft⁷. Der Staat ist somit der eigentliche Adressat der konkreten kirchlichen Subsidiaritätspostulate⁸.

⁷ Vgl. bes. Messner, *Naturrecht*, S. 298/299, 839/840, und *Soziale Frage*, S. 364, 367/368.

⁸ Nachdem bereits die Verlautbarung *Papst Pius' XI.* vorwiegend den Staat betraf, konkretisierte sein Nachfolger den Grundsatz auf das Verhältnis des Staates zur freien Wirtschaft (U—G. Nr. 3255, 5643/44, 6094), zur Familie (U—G. Nr. 4746), zu privaten Erziehungseinrichtungen (U—G. Nr. 6120/21, 5040/41; s. auch Konzilsbeschluß, *Nachw. o.* § 2, FN 4).

Darüber hinaus wurde das Subsidiaritätsprinzip auf internationale Vereinigungen ausgeweitet (*Johannes XXIII.* *Enz. Pacem in terris*, n. 140; ansatzweise schon *Pius XII.*, U—G. Nr. 341). Außerdem wird die Geltung auch für die kirchliche Hierarchie bejaht: so *Pius XII.*, U—G. Nr. 5992; *Bertrams*, *StdZ* 82 (1956/57), 256/261; v. *Nell-Breuning-Prinz*, *Hilfreicher Beistand*, Nr. 1777; *Klüber*, *Naturrecht*, S. 174/182. — Die Gegenmeinungen *Jöhns* (FN 5, S. 60) und *Krügers* (*Allgemeine Staatslehre*, S. 775) finden jedenfalls in der kirchlichen Theorie keine Bestätigung, noch nicht einmal in der vorkonziliaren Theorie.

Der Bundesstaatlichkeit steht die kirchliche Lehre indifferent gegenüber, wohl aber fordert sie allgemein die Zentralisation des staatlichen Aufbaus (vgl. v. *Nell-Breuning*, *Wirtschaft I*, S. 73/74).

Die umfassendste Geltung des Subsidiaritätsprinzips proklamiert *G. Küchenhoff* (*Staatsverfassung*, S. 82/83): Das Prinzip gelte über die Staaten hinaus für Staatenverbindungen für internationale Kulturkreise, für die ganze Menschheit, schließlich sogar für eine (hypothetische) interplanetarische Ordnung mit Bewohnern anderer Sterne. Küchenhoff läßt die Eskalation der Subsidiarität erst bei Gott enden.

b) Wird aber der Grundsatz auf den gesellschaftlichen Status quo angewendet, so konserviert er eher den gegenwärtigen („atomistischen“) Zustand, als daß er ihn nach den Forderungen der apriorischen Zweckordnung revolutionär umgestaltet. Allerdings bietet die staatliche Subsidiarität die Chance, daß „von unten“ her die richtige Ordnung erwächst. Die Überwältigung der Gesellschaft „von oben“ her durch ein faschistisches System, das die Glieder des Sozialkörpers in ein Prokrustesbett von Korporationen gezwängt hatte, wurde von „Quadragesimo anno“ (in vorsichtiger Form) verworfen⁹. Das Subsidiaritätsprinzip erweist sich damit als ambivalent, je nachdem, ob es auf die ideale Wesensordnung oder die reale geschichtliche Situation angewendet wird.

Es zeigt sich aber auch als ablösbar von den Prämissen der neuscholastischen Teleologie, denen es entstammt. Es läßt sich auf verschiedene Lebensverhältnisse übertragen, soweit diese den formalen Anforderungen des scholastischen Modells genügen — nämlich der hierarchischen Zuordnung, die eine Qualifikation als „altius — inferius“ zuläßt.

c) Der wichtigste Versuch der päpstlichen Soziallehre, die moderne Gesellschaft ihrem Wesens-Urbild wieder zuzuführen, bildet der — häufig mißverständene — Entwurf einer berufsständischen („leistungsgemeinschaftlichen“) Ordnung: die „ordines“ sollen nicht nach den gesellschaftlichen Klassen, sondern, ohne Rücksicht auf Selbständigkeit oder Abhängigkeit der jeweiligen Berufe, nach den Lebensbereichen des Gemeinwesens eingerichtet werden; in diesen Institutionen soll — unter Zurückdrängung des Staates — der Ausgleich des sozialen Antagonismus hergestellt werden¹⁰. Dieses Ordnungsmodell ist dazu bestimmt, das

⁹ Q. a., n. 91/95. Der Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip wird n. 95 hervorgehoben: die Gefahr, daß der Staat sich die Stelle der freien Selbstbetätigung setze, statt sich auf die notwendige und ausreichende Hilfestellung und Förderung zu beschränken. — Lit. s. u. FN 10.

¹⁰ Q. a., n. 81/95. Wichtige Literatur: *Messner*, Die berufsständische Ordnung; *ders.*, Die soziale Frage, S. 575 ff.; *Gundlach*, StdZ 125 (1933), 217 ff.; *v. Nell-Breuning*, Wirtschaft I, S. 219 ff., 227 ff., 251 ff.; *Hättich*, Ordo socialis 6 (1958/59), 63 ff., 126 ff., 205 ff. In ihrer Gedankenschärfe hält sich auf einsamer Höhe die juristische Analyse der päpstlichen Ständelehre bei *Adolf Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika „Q. a.“, Zeitschr. f. öff. Recht, XIV (1934), 208 ff.

Zur neoliberalen Kritik s. u. § 30. Die Antikritik der Neuscholastiker wird angeführt von *Rauscher*, der soziologische Einwände gegen die Realisierbarkeit der ordines mit ontologischen Argumenten zu entkräften versucht, vgl. Subsidiaritätsprinzip und Berufsständische Ordnung sowie Ordo XII (1960/1961), 433/477.

Die Lehre von der berufsständischen Ordnung wird häufig mit ständestaatlichen Lehren in der Art *Othmar Spann*s gleichgesetzt, mit denen sie zwar zusammenhängt, aber sich nicht deckt, einmal weil sie zur Frage der Staatsform nicht vorstößt, dann weil ihr die universalistische Tendenz nicht eigen ist. Zu dieser Verwechslung trug wesentlich bei, daß sich der autoritäre *Ständestaat Österreichs von 1934* auf das Ideal von Q. a. berief: s. *Adamovich*, L., Grundriß des österreichischen Staatsrechts, 3. Aufl., Wien 1935, S. 26, 39/41;

ideale, wesensgemäße Anwendungsfeld des Subsidiaritätsprinzips in zeitgemäßer Weise zu erneuern — die notwendige Bedingung der Anwendbarkeit ist es jedoch nicht¹¹.

d) Als wesentliches Moment der Sozialordnung und als unerläßliche Voraussetzung der Subsidiarität hebt die kirchliche Lehre das Moment der *Solidarität* hervor¹². Solidarität bedeutet die Pflicht zur wechselseitigen Hilfe, das Einstehenmüssen füreinander. Nur in einer solidarischen Zuordnung hierarchisch gestufter Kompetenzträger können Zuständigkeiten nach dem Leitbild komplementärer Ergänzung verteilt werden¹³.

Die Solidarität konkretisiert sich für den modernen Staat in seiner gesellschaftspolitischen Verantwortung. Seit der bahnbrechenden Enzyklika „*Rerum novarum*“ Leos XIII. fordert die katholische Kirche, der Staat müsse Sozialstaat sein: als Hüter des Gemeinwohls habe er die Verpflichtung zur Gesellschaftspolitik und zur Fürsorge¹⁴.

IV. Die Aussage des Subsidiaritätsprinzips

1. Das Subsidiaritätsprinzip weist der je unteren Instanz den Vorrang im Handeln zu, soweit ihre Kräfte ausreichen. Dieses hypothetische Urteil,

Gürke, N., Die österreichische „Verfassung 1934“, AöR n. F. 25 (1934), 178 (bes. 225, 252); Messner, J., Die berufsständische Ordnung, Innsbruck 1936, S. 290 Anm. 36; Merkl, A., Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs, Wien 1935, S. IV, 15, 20, 27/34; Schmieder, G., Die Beschränkung der Regierungsgewalt durch berufsständische Organisationen in Österreich, Innsbruck 1935, S. 70 (Nachw. S. 110/111); Voegelin, E., Der autoritäre Staat, Wien 1936, S. 206 ff., 226 ff. Ex-post-Betrachtungen dazu: Ferber, W., Hat „Q. a.“ versagt? Ein Rückblick auf das Österreich v. 1934, NO 8 (1954), 180; Rauscher, Ordo XII (1960/61), 227; Röpke, W., *Civitas humana*, 3. Aufl., Erlenbach - Zürich 1949, S. 96/97.

¹¹ Vgl. vor allem Rauscher, Subsidiaritätsprinzip, S. 126, 139 und passim.

¹² Dazu grundlegend: Pesch, Lehrbuch I, S. 33/37, 144, 392/438 und passim; Gundlach, StL 4. Bd. (5. Aufl. 1931), Sp. 1613; ders., StL 7. Bd. (6. Aufl. 1962), Sp. 119; ders., Ordnung, S. 164/201; vgl. Klüber, Naturrecht, S. 151/153; Link, Subsidiaritätsprinzip, S. 89/93; Rauscher (FN 11), S. 53/56; Welty, Sozialkathismus I, S. 114/134; Wildmann, Personalismus, S. 92/164.

¹³ Diese Momente der hierarchischen Zuordnung und der konkurrierenden Zuständigkeit als Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips werden in der Literatur der katholischen Soziallehre nur selten klar erfaßt und dargestellt. Eine scharfe Distinktion wie die *Max Müllers* (§ 3, FN 2, S. 97) zwischen der gültigen Rangordnung der Wesen und der Rangordnung der Verwirklichung, der Aktualisation bildet eine Ausnahme. Vor allem die Versuche solidaristischer Autoren, den Primat der unteren Einheit zu begründen, führen dazu, daß die von Q. a. vorausgesetzte Autorität und rechtliche Überordnung der subsidiären Verbände in Frage gestellt werden (besonders kraß: Link, FN 12, und Rauscher, FN 11).

Hinzu kommt, daß die Deutung des Grundsatzes als „Aufbauprinzip“ die Unterscheidung zwischen Voraussetzung (Anwendungsbereich) und Inhalt (ontologisch-ethische Zuordnung) hinfällig macht und der Grundsatz, dergestalt überfrachtet, seine Aussagekraft nahezu einbüßt. Die Kritik *Herzogs* (*Der Staat* 2, 1963, 400/408) ist insoweit zutreffend.

¹⁴ Vgl. zur kirchlichen Lehre vom Sozialstaat: Tischleder (FN 1), S. 149/175; Schuster, Soziallehre, S. 142/147; v. Nell-Breuning, *Wirtschaft* I, S. 272/292.

das Tatbestand und Folge verknüpft, wirft keine Probleme auf, soweit die Ebene apriorischer Wesenheiten nicht verlassen wird. Nach dem Axiom „omne ens agendo perficitur“ kann sich von unten nach oben die Wertverwirklichung vollziehen. In der idealen Wesenswelt ist die Subsidiarität deshalb ein Seinsprinzip; für die Wesensverwirklichung ist sie ein Gebot des Sollens.

2. Das lumen naturale, das den Scholastiker befähigt, die Rangordnung der Werte zu erkennen, wird eigentümlicherweise getrübt, wenn es um die Erkenntnis der realen Lebensbeziehungen geht. Hier — in der konkreten Anwendung — verliert das Prinzip seine Eindeutigkeit und der Streit setzt ein¹: Ist die Leistungsunfähigkeit der unteren Einheit erst gegeben, wenn sie auch mit äußerster Anstrengung eine Aufgabe nicht mehr bewältigen kann, oder schon dann, wenn die höhere Instanz die Aufgabe besser erfüllt? Geht es um die maximale oder um die optimale Verwirklichung der Freiheit? Wird der Subsidiaritätsfall schon ausgelöst, wenn die untere Instanz zwar (potentiell) handeln kann, aber (aktuell) nicht tätig wird? Setzt der Subsidiaritätsfall ein konkretes Bedürfnis bei jedem einzelnen Glied der Gemeinschaft voraus oder genügt es, daß die Gesamtheit der Hilfe bedarf? Ist das Subsidiaritätsprinzip nur eine objektive Norm mit Reflexen zugunsten der unteren Einheit oder verleiht es dieser subjektive Rechte?

Diese Fragen werden unterschiedlich beantwortet².

Der Tradition scholastischen Ordo-Denkens gemäß sind die Lösungen, die dem Grundsatz nur objektiven Normcharakter zuerkennen, und nicht auf die individualrechtliche Relation der Gemeinschaft zu den einzelnen

¹ Zu eindeutigen Resultaten gelangt die kirchliche Lehre allerdings dort, wo eindeutige kirchliche Interessen auf dem Spiel stehen, wie es beim Problem des Vorrangs kirchlicher Sozial- und Jugendhilfe der Fall gewesen ist. Vgl. dazu trotz ihres unterschiedlichen Ausgangspunktes etwa: *Rauscher*, StdZ 88 (1962/63), 135 ff.; *Rösler*, Der naturgegebene Aufbau; *Utz*, Formen; dens., NO 10 (1956), 205 ff.; dens., Sozialethik I, S. 281/283; *Strigl*, Archiv f. kath. Kirchenrecht 132 (1963), 405 ff.

Ein Grund für diese Aporie liegt darin, daß die Grenzen der Aussagekraft des Prinzips nicht erkannt werden (Ansätze dazu: *Messner*, Naturrecht, S. 296/297; v. *Nell-Breuning*, Wirtschaft I, S. 74/78). Wesentlich ist aber auch die Vernachlässigung geschichtlich-realer Phänomene, die ein Geburtsfehler essentialistischen Naturrechts überhaupt ist (s. o. § 3).

² Zu diesen praktischen Problemen vgl. etwa v. *Nell-Breuning*, Festgabe für Degenfeld-Schonburg, S. 81 ff., dens., Wirtschaft I, S. 67 ff.; dens., Wirtschaft III, S. 367 ff.; dens. Ordo socialis 4 (1956), 2 ff.; dens., Sozialpolitik und Sozialreform, S. 213 ff.; *Dobretsberger*, Sozialpolitik, S. 121/129. — Bes. aufschlußreich: *K. Thieme*, SRdSch 44 (1944/45), 180: das Subsidiaritätsprinzip eigne sich nicht zur Verbreitung in größeren Kreisen, da es mehr für die jeweils höhere als für die niedere Instanz formuliert sei. — Im übrigen s. Bibliographie u. S. 33/34.

Abgelehnt wird die Auffassung, der Vorrang des Handelns sei als zeitlicher Vorrang der unteren Einheit aufzufassen: v. *Nell-Breuning*, Sozialpolitik und Sozialreform, S. 221; *Utz*, Sozialethik I, S. 296. s. auch u. § 60.

Gliedern, sondern auf die Relation zum Ganzen eines integrierten Lebenskreises abstellen. Auf der anderen Seite haben aber das Anspruchsdenken des säkularen Rechtsstaates und seine individualisierende Methode auch Rückwirkungen auf die kirchliche Naturrechtsauslegung gezeitigt.

3. Unter den Versuchen, das Subsidiaritätsprinzip in die Wirklichkeit zu überführen, ist einer besonders hervorzuheben. Während die päpstliche Formulierung einen negativen Aspekt hervorhebt — die obere Instanz darf *nur* ergänzend tätig werden — und staatliche Hilfe als die geringere Intervention im Vergleich zur Sozialisierung gutheißt³, wird nunmehr aus dem Umstand, daß die Glieder der Gesellschaft weithin nicht mehr die (vor allem wirtschaftliche) Kraft haben, um ihren Leistungsvorrang zu behaupten, gefolgert, der Staat müsse die Voraussetzungen dazu verschaffen, damit sie primär tätig werden könnten. Der Staat soll also eingreifen, um sich selbst überflüssig zu machen. Diese „positive“ Subsidiarität (Hilfe) wird der „negativen“ Subsidiarität (Funktionssperre) an die Seite gestellt. Damit wird auf die Zielordnung, die hinter dem Subsidiaritätsprinzip steht, zurückgegriffen und eine soziale Umgestaltung vorbereitet⁴.

In dieser Ausweitung wird aber der begriffliche Umfang des Grundsatzes unscharf: es werden Voraussetzungen der Subsidiarität (die Solidarität der Gesellschaftsglieder) in den Inhalt einbezogen, so daß wiederum der Begriff in eine positive und in eine negative Seite aufgespalten werden muß. Es soll daher in dieser Untersuchung — gemäß dem Sprachgebrauch von „Quadragesimo anno“ — nur der negative Aspekt als Subsidiaritätsprinzip bezeichnet werden⁵.

V. Die naturrechtliche Begründung des Subsidiaritätsprinzips und seine Zuordnung zum *bonum commune*

1. Wie der Stellenwert des Prinzips im philosophischen Sozialsystem bestimmt wird und welche konkreten Folgerungen aus ihm abzuleiten

³ Anknüpfungspunkt ist der Begriff „*subsidium afferre*“ in Q. a. n. 79. Es geht in diesem Zusammenhang nicht um den positiven Hilfsauftrag der Gemeinschaft, sondern um ihre (negative) Beschränkung auf Hilfsmaßnahmen als Alternativen zum „*destruere*“ und „*absorbere*“. Juristisch qualifiziert: Das „*subsidium*“ ist das Resultat des Übermaßverbots im *status negativus* der unteren Instanz. Dazu u. § 56.

⁴ Zu der positiven Deutung tragen philologische Erwägungen (*subsidium*) bei. v. Nell-Breuning-Prinz verdeutlichen den Grundsatz sogar pleonastisch mit „hilfreicher Beistand“. Die positive Seite betonen ferner: Geppert, Teleologie, S. 81; van der Ven, Organisation, S. 47/49; v. Nell-Breuning, Erwägungen, S. 68/69; Utz, Formen, S. 22 ff., 42/43 und passim.

⁵ Für die Beschränkung auf den negativen Aspekt: Messner, Naturrecht, S. 297/298; Utz, Sozialethik, S. 280/285, Anm. 1; Klüber, Naturrecht, S. 165/167; v. Nell-Breuning, Besprechung von Utz, Formen, StdZ 82 (1956/57), 77/78.

sind, hängt davon ab, wie er sich zum *Gemeinwohl* verhält. Das *bonum commune* wird in der neuscholastischen Philosophie unterschiedlich bestimmt:

- als Inbegriff der gesellschaftlichen Bedingungen, die den Menschen die volle Entfaltung ihrer Werte ermöglichen oder erleichtern (institutioneller Begriff)¹
- und als Inbegriff der in einer Gesellschaft vereinigten Werte (ethischer Begriff)².

a) Der institutionelle Begriff, der mit der kantischen Definition der *salus publica* verwandt ist³, erfaßt nur die äußere Ordnung des Gemeinwesens und enthält nur einen Organisationswert. Gegenüber diesem Begriff macht das Subsidiaritätsprinzip den Vorrang der Personwerte geltend. Es setzt dem Gemeinwohl Grenzen. Das Subsidiaritätsprinzip ist hiermit Regulativ des *bonum commune*.

b) Umgekehrt ist das Gemeinwohl das Regulativ der Subsidiarität, wenn man im *bonum commune* das gemeinsame Ziel aller sieht, „sofern ein jeder mit seiner persönlichen Vollkommenheit in der Gemeinschaft mitbeschlossen ist“⁴. Dieser ethische Begriff entstammt der aristotelisch-thomistischen Überlieferung, die den Vorrang des integrierten Ganzen vor dem separierten Teil betont. Eine unmittelbare Gegenüberstellung des Subsidiaritätsprinzips zu dieser ethisch-universalistischen Gemeinwohlauffassung ist nicht möglich, weil das Prinzip nicht Ausdruck der ethischen Integration, sondern Mittel der organisatorischen Separation ist: es sichert dem Glied das Eigendasein im Ganzen⁵.

2. a) Die verschiedenen Deutungen des Gemeinwohls lassen grundsätzlich verschiedene Sozialauffassungen erkennen. Dem institutionellen Begriff entspricht der *Solidarismus* der Neuscholastik⁶: Er sieht den Zweck jeder Gemeinschaft im Dienst an der indefiniten Vervollkommnungs-

¹ So Papst Johannes XXIII. Enz. Mater et Magistra, n. 65. In denselben Bahnen *Vaticanum II*, Pastoralkonstitution, n. 74 (s. o. § 2, FN 4). Ähnlich vorher Papst Pius XII., Rede vom 24. 12. 1942 (AAS XXXV, 1943, 59 ff. = U—G. Nr. 231). Vgl. auch Link, Subsidiaritätsprinzip, S. 65/61; v. Nell-Breuning, StdZ 89 (1963/64), 214; Rauscher, Subsidiaritätsprinzip, S. 47/49; Bertrams, StdZ 61 (1955/56), 390; Gundlach, Gemeinwohl, StL Bd. 3, Sp. 737/740.

² So der Gemeinwohlbegriff der unmittelbar an Thomas anknüpfenden Lehre: vgl. Verpaalen, Begriff; Welty, Gemeinschaft, S. 210 ff.; Utz, Recht, S. 458/462, 562/570; ders., NO 8 (1954), 271/281; ders., NO 10 (1956), 11/21; ders., Sozialethik I, S. 315/318.

³ Vgl. Kant, Über den Einspruch (s. u. § 10, FN 2), A 251 (S. 154/155).

⁴ Utz, NO 10 (1956), 13.

⁵ Zu einem analogen Problem im Verfassungsrecht s. u. § 39.

⁶ Als Gründer dieser Schule gilt Pesch. Ihre wichtigsten Repräsentanten sind Gundlach und v. Nell-Breuning. Zuzurechnen sind ihr auch die zitierten Beiträge von Link, Rauscher, Wildmann und Bertrams. Grundsätzlich zu dem Schulstreit: Kuijlaars, Diss.; Rauscher (FN 1), S. 37/90.

möglichkeit des Menschen. Als Instrument (allerdings als ein notwendiges Instrument) menschlicher Selbstverwirklichung empfängt die Gemeinschaft ihre Legitimation vom Einzelmenschen. Die Tätigkeit des Verbandes darf daher den Vorrang des Einzelnen nicht antasten. Jede Gemeinschaft ist subsidiär zu ihren Gliedern.

Der Solidarismus, den man als die authentische Ideologie des Subsidiaritätsprinzips betrachten darf⁷, geht somit von einem *personalistischen* Ansatz der Staatslegitimation aus. Dieser Ansatz soll nach dem Selbstverständnis der Solidaristen ein Mittleres zwischen Individualismus und Kollektivismus bilden. Wenn sich die Vertreter des Solidarismus auch bemühen, den Gegensatz zum individualistischen Liberalismus hervorzuheben, von dem sie wahre Schreckbilder zeichnen⁸, wenn auch in der teleologischen Ausrichtung der Freiheit und im organischen Ordnungssystem wesenhafte Unterschiede bestehen, so ist der Ansatz der Legitimation doch individualistisch und nicht transpersonalistisch. Tertium non datur⁹.

b) Universalistisch ist dagegen die Sozialphilosophie der *Neo-Thomisten*¹⁰: Die Gemeinschaft ist nicht das Instrument ihrer Glieder, sondern der ethische Höchstwert des Menschen. Die *societas perfecta* ist nicht auf den konkreten Einzelnen, sondern auf die *natura humana* hingeeordnet. Der Einzelne hat nicht ursprüngliche Rechte *gegen* den Staat, sondern nur die Entfaltungsmöglichkeit *im* Staat. Der Teil ist auf das Ganze bezogen, damit die Harmonie des Universums zum Klingen komme. In dieser idealen Integrationseinheit findet das Subsidiaritätsprinzip keinen ursprünglichen Platz. Es kann nur Ableitung des Naturrechts sein, bezogen auf eine konkrete gesellschaftliche Lage. Die gegenwärtige Situation wird durch die Abkehr von der Wesensordnung gekennzeichnet: der säkularisierte, entideologisierte Staat und die pluralistische Gesellschaft lassen ihrer Struktur nach echte Autorität nicht aufkommen und ermöglichen nur subsidiäres Handeln des Staates¹¹. In den intakten Gesellschaften, wie der klösterlichen Gemeinschaft und der („gesunden“) Familie verwirklicht sich der naturrechtliche *Ordo* in ursprünglicher Weise: durch die Autorität der zuständigen Interpreten des Gemeinwohls.

3. E contrario wird damit bestätigt, daß das Subsidiaritätsprinzip notwendig *nur in einem personalistischen System* einen Ansatz findet¹².

⁷ Der maßgebende Einfluß auf die Gestaltung von Q. a. wird Gundlach zugeschrieben.

⁸ Vgl. etwa Link, Subsidiaritätsprinzip, S. 40/46.

⁹ Zur Alternative Universalismus—Individualismus vgl. Othmar Spann, Gesellschaftsphilosophie, München 1928, S. 7/14.

¹⁰ Während die Solidaristen sich vornehmlich aus dem Jesuitenorden rekrutieren, gehören die Neothomisten zumeist dem Dominikanerorden an. Repräsentanten sind: Welty, Utz und Verpaalen.

¹¹ Vgl. Utz, Formen, S. 123/128, Sozialethik I, S. 293/295.

¹² Wenn E. Voegelin (Der autoritäre Staat, Wien 1936, S. 213/214) das Sub-

Schrifttum

Barion, J.: Hegels Staatslehre und das Prinzip der Subsidiarität, NO 7 (1953), 193, 279; Bauer, C.: Die christliche Sozialphilosophie und die Frage der Wirtschaftsordnung, Politeia 1 (1948/49), 183; Bertrams, W.: Das Subsidiaritätsprinzip — ein Mythos? StdZ 81 (1955/56), 388; ders.: Das Subsidiaritätsprinzip in der Kirche, StdZ. 82 (1956/57), 252; Cathrein, W.: Moralphilosophie, 2 Bde., Freiburg 1899; ders.: Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg 1909 (Nachdruck Darmstadt 1964); Dobretsberger, J.: Sozialpolitik am Scheideweg, Graz 1947; Geppert, T.: Teleologie der menschlichen Gemeinschaften, Münster 1955; Giers, J.: Die Sozialprinzipien als Problem der christlichen Soziallehre, MThZ 15 (1964), 278; Gundlach, G.: Solidarismus, StL, 5. A. 1931, 4. Bd., Sp. 1613; ders.: Fragen um die berufsständische Ordnung, StdZ 125 (1933), 217; ders.: Solidaritätsprinzip, StL, 6. A. 1962, Bd. 7, Sp. 119; ders.: Die Ordnung der menschlichen Gesellschaft, 2 Bde., Köln 1964; Hättich, M.: Wirtschaftsordnung und katholische Soziallehre, Stuttgart 1957; ders.: Berufsständische Ordnung und Subsidiaritätsprinzip, Ordo socialis 6 (1958/59), 63, 126, 205; Hengstenberg, H. E.: Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: Utz. Das Subsidiaritätsprinzip, S. 19; Jostock, P.: Die sozialen Rundschreiben, 3. A. Freiburg, Basel 1961; Kliesch, G.: Demokratie als organischer Pluralismus, NO 7 (1953), 257; Klüber, F.: Grundlagen der katholischen Gesellschaftslehre, Osnabrück 1960; ders.: Naturrecht als Ordnungsnorm der Gesellschaft, Köln 1966; ders.: Soziallehre, kath., EvStL, Sp. 2064; Knoll, A. M.: Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht, Wien 1962; Kuijlaars, F. A.: Das Subsidiaritätsprinzip nach der neuscholastischen Naturrechtslehre, ungedr. Diss. Bonn 1957; Linhardt, R.: Die Sozialprinzipien des hl. Thomas von Aquin, Freiburg i. Br. 1932; Link, E.: Das Subsidiaritätsprinzip, Freiburg i. Br. 1955; Maiworm, H.: Subsidiarität als pädagogisches Prinzip, Ordo socialis 5 (1957), 57; Mausbach, J. - Ermecke, G.: Katholische Moralthologie III, 10. A., Münster 1961; Messner, J.: Die berufsständische Ordnung, Innsbruck 1936; ders.: Die soziale Frage, 6. A. Innsbruck 1956; ders.: Das Naturrecht, 5. Aufl., Innsbruck 1966; Nawroth, E. E.: Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus, Heidelberg 1961; Nell-Breuning, O. v.: Die soziale Enzyklika, 2. Aufl., Köln 1932; ders.: Berufsständische Ordnung, StdZ 143 (1949), 254; ders.: Das Subsidiaritätsprinzip als wirtschaftliches Ordnungsprinzip, in: Festschrift für Degenfeld-Schonberg, Wien 1952, S. 81; ders.: Subsidiaritätsprinzip und Sozialreform, Ordo socialis 4 (1956), 2; ders.: Solidarität und Subsidiarität im Raume von Sozialpolitik und Sozialreform, in: Boettcher, E., Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 213; ders.: Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, in: Wirtschaft und Gesellschaft, Freiburg 1956, Bd. 1, S. 67; ders.: Das berufsständisch-leistungsgemein-

sidiaritätsprinzip aus Q. a. je nach Standpunkt für liberal (gegen den Staat) oder autoritär (für „extreme Massenwahldemokratie“) hält, so schwingt hier der Auslegungsstreit zwischen Solidaristen und Universalisten (der Spann'schen Richtung) mit, der Anfang der dreißiger Jahre um die Enzyklika entbrannt war (Dokument dazu: v. Nell-Breuning, Ein Jahr „Q. a.“, in: Germania, Nr. 135 v. 15. 5. 1932). Der Streit hat heute nur historische Bedeutung, vor allem da die ständische Idee an Aktualität eingebüßt hat. Wenn in dem universalistischen Ständemodell Spanns, das sich von oben nach unten legitimiert, dem „Höchststand“ Staat neben der Oberleitung über die anderen Stände auch jene Aufgaben zugewiesen werden, „welche die anderen nicht lösen (stellvertretende oder supplierende Leistungen des Staates)“ — FN 9, S. 102 —, so hat bei aller formalen Übereinstimmung dieser Gedanke keinen materialen Bezug zum Subsidiaritätsprinzip von Q. a. Zur analogen Problematik um § 67 DGO s. u. § 15.

schaftliche Ordnungsbild als Forderung der katholischen Sitten- und Soziallehre, ebd. S. 227; ders.: Die Berufsständische Ordnung der Gesellschaft in ihrer Bedeutung für den Staat, ebd., S. 251; ders.: Berufsständische Ordnung und Monopolismus, ebd., S. 272 (= Ordo III, 1950, 211); ders.: Bedürftigkeitsprüfung oder Bedürfnis?, in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, III, Freiburg 1960, S. 367; ders.: Subsidiaritätsprinzip, StL, Bd. 7, 6. Aufl., 1962, Sp. 826; ders.: Christliche Soziallehre, StdZ 89 (1963/64), 208; *Nell-Breuning*, O. v. - *Prinz*, F.: Hilfreicher Beistand (Das Subsidiaritätsprinzip), München 1961; *Nell-Breuning*, O. v. - *Sacher*, H. (Hrsg.): Wörterbuch der Politik, Heft 1/2, 2. Aufl., Freiburg 1954/57; *Pesch*, H.: Lehrbuch der Nationalökonomie, 1. Bd. 2. Aufl. 1914, 2. Bd. 2./3. Aufl. 1920, Freiburg; ders.: Liberalismus, Sozialismus und christliche Gesellschaftsordnung, in: *Die soziale Frage*, 3. Aufl., Freiburg 1896; *Pieper*, J.: Die Neuordnung der menschlichen Gesellschaft, Systematische Einführung in die Enzyklika „Quadragesimo anno“, Frankfurt 1932; ders.: Das Arbeitsrecht des Neuen Reiches und die Enzyklika „Quadragesimo anno“, Münster 1934; ders.: Thesen zur sozialen Politik, 3. Aufl., Freiburg 1946; *Rauscher*, A.: Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in „Q. a.“, Münster 1958; ders.: Sozialphilosophie und ökonomische Realität, Ordo XII (1960/61), 433; ders.: Subsidiarität — Staat — Kirche, StdZ 88 (1962/63), 129; ders.: Das Subsidiaritätsprinzip als sozialphilosophische und gesellschaftspolitische Norm, Ordo socialis, 12 (1964), 161; *Retzbach*, A.: Die Erneuerung der gesellschaftlichen Ordnung, Freiburg 1932; *Rösler*, J.: Der naturgegebene Aufbau der freien und staatlichen Hilfeleistung, Heidelberg 1954; *Schilling*, O.: Die Gesellschaftslehre Leos XIII. und seiner Nachfolger, München 1951; *Schuster*, J.: Die Soziallehre nach Leo XIII. und Pius XI., Freiburg i. Br. 1935; *Strigl*, R.: Staatskirchenrechtliche Aspekte der Bundesgesetze zur Neuordnung der Wohlfahrtspflege vom Jahre 1961, Arch. f. kath. KirchenR 132 (1963), 405; *Tischleder*, P.: Die Staatslehre Leos XIII., München-Gladbach 1925; *Utz*, A. F.: Fédéralisme et le droit naturel Politeia I (1948/49), S. 82; ders. (Hrsg.): Das Subsidiaritätsprinzip, Sammlung Politeia II, Heidelberg 1953; ders.: Recht und Gerechtigkeit. Deutsche Thomasausgabe, 18 Bde., Heidelberg 1953; ders.: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Subsidiaritätsprinzips, in: *Utz*: Das Subsidiaritätsprinzip, S. 7; ders.: Der Personalismus, NO 8 (1954), 270; ders.: Der Mythos des Subsidiaritätsprinzips, NO 10 (1956), 11; ders.: Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, Heidelberg 1956; ders.: Staat und Jugendpflege, NO 10 (1956), 205; ders.: Sozialethik I, Heidelberg 1958; ders.: Einführung und Kommentar zu: Die Friedenszyklika Papst Johannes' XXIII., „Pacem in terris“, Freiburg 1963; *van der Ven*, J. J. M.: Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit, in: *Utz*, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 45; *Verpaalen*, A.: Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin, Heidelberg 1954; *Welty*, E.: Gemeinschaft und Einzelmensch, Salzburg 1935; ders.: Herders Sozialkatechismus, I. Bd., 2. Aufl., Freiburg 1952, II. Bd. Freiburg 1953; ders.: Kommentar und Einführung zu: Die Sozialenzyklika Papst Johannes' XXIII. „Mater et Magistra“, 2. Aufl., Freiburg 1962; *Wildmann*, G.: Personalismus, Solidarismus und Gesellschaft, Wien 1961; ders.: Solidaristisches Ethos, Festschrift f. Gundlach, Münster 1961, S. 59.

Dritter Abschnitt

Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der deutschen Tradition der organisch- föderalistischen Gesellschaftslehre

Wesentliche Momente der neuscholastischen Subsidiaritätsdoktrin lassen die Verwandtschaft mit deutschrechtlichen Vorstellungen erkennen. Der Grundsatz wird sogar als „deutschrechtliches Prinzip“ bezeichnet¹. Die zwei Elemente, die in der neuscholastischen Lehre zur Synthese des Subsidiaritätsprinzips vereint werden, das organische Gesellschaftsideal und der ethische Personalismus, finden ihre Entsprechungen in der Tradition der deutschen Staatslehre: Der Föderalismus und der Liberalismus enthalten vergleichbare Tendenzen.

I. Die Akzentuierung des Subsidiaritäts- prinzips im Föderalismus

Im heutigen Staatsrecht bezeichnet Föderalismus seit Triepel² die Bestrebungen im Bundesstaat, welche die Besonderheiten der Gliedstaaten hervorheben: die staatenbündischen Züge — im Gegensatz zum Unitarismus, der die einheitsstaatlichen Tendenzen bezeichnet. Diese Auffassung zeigt einen auf den staatsorganisatorischen Bereich eingegengten Föderalismus. In seiner gesellschaftsorganisatorischen Spielart³ dagegen erfaßt er das gesamte Gemeinwesen und stellt das übergreifende Band dar, das alle menschlichen Vereinigungen — von der Familie bis zur Völkergemeinschaft — verknüpft. In diesem Verständnis bezeichnet Föderalismus die geeinte Vielfalt in allen Sozialbeziehungen. Im Gegensatz zu dem bundesstaatlich akzentuierten Begriff hebt er mehr das Verbindende als das Trennende hervor.

¹ So *Joseph Pieper*, *Thesen zur sozialen Politik*, 3. Aufl., Freiburg i. Br., S. 46. Belege für seine Behauptung bleibt Pieper allerdings schuldig. Vgl. auch *Kipp*, *Staatslehre*, S. 338.

Parallel läuft die historische Feststellung *F. A. Westphalens*, das Subsidiaritätsprinzip erscheine bereits bei den „konservativen Klassikern“ (*Burke*, *Tocqueville*, *Adam Müller*, *Franz von Baader*, *Friedrich Schlegel*). Allerdings wird auch diese These nicht näher substantiiert (Westphalen, *Die Renaissance der konservativen Idee*, Festschrift für Messner, Innsbruck 1961, S. 86/87).

² Vgl. *Triepel*, H., *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*, Tübingen 1907, S. 9/12. Ebenso *Nawiasky*, *SRdSch* 42 (1942/43), 219/225; ders., *Allgemeine Staatslehre*, 2/II, S. 205.

³ *Bibliographie* s. u. § 28.

Hier zeigt sich die Affinität des Föderalismus zur *organischen* Staatslehre⁴. In der Form, die sie in der deutschen Romantik angenommen hat, deutet sie den Staat als den „äußeren Organismus einer in der Freiheit selbst erreichten Harmonie der Notwendigkeit und der Freiheit“, als eine „ideale Natur“ (Schelling)⁵, als die „leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft“ (Savigny)⁶. Die Glieder nehmen eine je eigene Aufgabe im Staatskörper wahr und verwirklichen damit ihr inneres Lebensprinzip. Nach der Funktion, welche die Teile ausüben, bestimmen sich ihre Stellung und ihr Rang in der anthropomorphen Ordnung des Ganzen. Das Ganze aber bildet eine höhere Lebensinheit, welche die Summe der Teile übersteigt.

Das Subsidiaritätsprinzip ist im Begriff des gesellschaftsorganisatorischen Föderalismus nicht bereits enthalten⁷, wohl aber findet es in ihm einen Anwendungsbereich, der im wesentlichen dem Sozialideal der neuscholastischen Naturrechtslehre entspricht. Das Subsidiaritätsprinzip kann nach der föderalistischen Gesellschaftsvorstellung keinen spezifisch antistaatlichen Charakter gewinnen, da der Staat nur ein Verband unter vielen ist und seine eigentliche Souveränität zurücktritt.

Da der staatliche Organismus mit der Sicherheit und Unbewußtheit einer Pflanze sein Dasein entfaltet, ist jeder Dezisionismus ausgeschaltet. Die föderalistische Teleologie läßt auch keine Deutung zu, die den Staat nur als Instrument zu (liberalen) Zwecken, die außerhalb seiner selbst liegen, erscheinen läßt. Jede rationale Deduktion aus allgemeinen Prinzipien ist ihr fremd. Sie stellt auf das konkret Vorhandene ab und setzt den Sinn für empirisch erfahrbare Realität voraus, sei es in gegenwärtiger Anschauung, sei es in geschichtlichem Rückblick, und fußt damit auf einer konservativen oder restaurativen Grundhaltung.

⁴ Darstellungen der Geschichte und der Spielarten der organischen Lehre bieten (mit Nachw.) Kaufmann, E., Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, in: Rechtsidee und Recht, Göttingen 1960, S. 46/66; Badura, Methoden, S. 115/124; Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, S. 148/162; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 147/150; Müller, F., Korporation, S. 88/90, 95/103.

Repräsentative Werke: Gierke, O. v., Das Wesen der menschlichen Verbände, Berlin 1902; Preuß, H., Gemeinde, Staat, Reich, Berlin 1889; Frantz, K., Die Naturlehre des Staates, Leipzig 1870 (mit kritischen Auseinandersetzungen mit den universalistischen und physizistischen Richtungen der Organismustheorie, S. 25/32, 210/211, 226/227). Jüngere Beispiele für die Zusammenfassung organischer und föderaler Vorstellungen: Kipp, Staatslehre, S. 45, 102, 271/272; Laforet, Föderalismus, S. 28/32. — Zur katholischen Organismuslehre s. o. 2. Abschn. III.

⁵ Vgl. Schelling, F. W., Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums (1803), in: Werke (Münchener Jubiläumsdruck), 1927, III, S. 328.

⁶ Savigny, zitiert nach Kaufmann (FN 4), S. 53.

⁷ Häufig werden jedoch beide Begriffe synonym verwendet. Vgl. Armbruster, StL, 3. Bd., Sp. 385; Nawiasky, SRdSch 45 (1945/46), 803.

Eine derart paradiesische Lebensordnung kann *dem Subsidiaritätsprinzip nur gemäß* sein; ein echtes Wirkungsfeld, auf dem der Grundsatz seine normative Dynamik, seine polemische Kraft entwickeln kann, bietet sie dagegen nicht. Denn die Dynamik des Grundsatzes kann sich nur auswirken, wo Kompetenzkonflikte entstehen, wo sich in einem System funktionaler Abhängigkeiten Reibungen ergeben, wo die Aufgabenverteilung problematisch ist. Die normative Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips kann dann am stärksten sein, wenn der Sozialbau unter dem Gesetz der Rationalität steht. Diese Voraussetzungen liegen jedoch jenseits des föderalistischen Denkens.

Im übrigen geht es föderalen Lehren in erster Linie um die Harmonisierung der Glieder des Sozialkörpers, um die Integration. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten (die eigentliche Funktion der Subsidiarität) ist zweitrangig, wenn sie nicht überhaupt als etwas unproblematisch Vorgegebenes erscheint. Letztlich steht das organische Gemeinwesen gleichermaßen einer subsidiaritätsgemäß-personalistischen wie einer subsidiaritätswidrig-universalistischen Legitimation offen.

Jedenfalls gilt das von seiner idealtypischen Erscheinung. Jetzt aber stellt sich die Aufgabe, einzelne, beispielhafte geschichtliche Ausprägungen der föderalistischen Idee (die notwendig nicht „stilrein“ sind) daraufhin zu untersuchen, in welcher Weise sie Aspekte der Subsidiarität erkennen lassen.

II. Aspekte des Subsidiaritätsprinzips in föderalistischen Lehren

a) *Althusius*, in dem Otto von Gierke einen Ahnherren der föderalistischen Sozialphilosophie wiederentdeckte¹, hatte aus der Konzeption des Sozialvertrages einen naturrechtlichen Gesellschaftsbau abgeleitet, in dem zwischen Individuum und Staat notwendige organische Korporationen wirken und in dem „der weitere Verband sich zunächst immer aus den korporativen Einheiten der engeren Verbände zusammensetzt und erst durch deren Mittel ihre Glieder ergreift; in welchem jeder engere Verband als ein wahres und originäres Gemeinwesen aus sich selbst ein besonderes Gemeinleben und eine eigene Rechtssphäre schöpft und davon an den höheren Verband nur so viel abgibt, als dieser zur Erreichung seines spezifischen Zwecks unerlässlich braucht; in welchem endlich der Staat seinen Gliedverbänden im übrigen gegnerisch gleichartig und von

¹ Gierke, Johannes Althusius, 1. Aufl., Breslau 1880 (zit.) 2. Aufl., 1902, bes. S. 226/263. Zu Althusius vgl. ferner: *Bluntschli*, Geschichte, S. 77/88; *Wolf*, Erik, Große Rechtsdenker, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 177/219; *Voigt*, Alfred, Johannes Althusius in Herborn und seine „Politica“ (1603), in: 1050 Jahre Herborn, 1965, S. 40/58 (kritischer Beitrag zur Althusiusfrage mit Einwendungen gegen das von Gierke gezeichnete Bild).

ihnen durch seine ausschließliche Souveränität verschieden ist, die als schlechthin höchste irdische Rechtsnatur zwar eine Fülle neuer und eigentümlicher Attribute und Funktionen empfängt, allein an dem eigenen Recht der engeren Verbände eine unübersteigliche Schranke findet und bei deren Überschreitung vor dem durch den Bruch der Vereinigungsvertrages sich wieder zu voller Souveränität entfaltenden Recht der Glieder hinfällig wird“².

Das föderalistische Ordnungsbild des Althusius beruht gleicherweise auf philosophischer Systematik wie auf empirischer Erfassung der politischen Zustände des Reiches und der Niederländischen Generalstaaten an der Schwelle des 17. Jahrhunderts; die Vielfalt der korporativen Gebilde, aus denen sich beide Gemeinwesen zusammensetzten, spiegelt sich in der politischen Theorie wieder. Schon im Ansatz hebt sie sich von den mittelalterlichen Korporationslehren ab, die im Banne des aristotelischen Universalismus standen, das Ganze vor den Teilen würdigten und das Lebensrecht des Gliedes aus der Struktur der Gemeinschaft ableiteten, auf die es notwendig hingebunden war. Althusius aber — insoweit Sohn der anthropozentrischen Neuzeit — denkt aus dem radikal gegensätzlichen Axiom heraus und begründet vom Einzelmenschen her eine Ordnung, die sich auf der Grundlage von Sozialverträgen von unten nach oben rechtfertigt. Jedoch unterscheidet sich Althusius von den rationalistisch-individualistischen Naturrechtsdenkern des 17. und des 18. Jahrhunderts. Am Anfang steht nicht das autarke, isolierte Individuum als Partner des Gesellschaftsvertrages, sondern der a priori determinierte Mensch: determiniert durch seine natürliche Daseinsverfassung, in der ihn die angeborene imbecillitas zur Gemeinschaftsbildung zwingt, und determiniert durch die übernatürliche (kalvinistisch gedeutete) Prädestination des souveränen deus iustus³. Wenn sich also auch die consociationes aus einzelnen pacta herleiten lassen, so ist ihr Dasein nicht willkürlich verfügt, sondern notwendig vorgegeben; das wird vor allem an der organischen Institution der Ehe deutlich, der ersten der consociationes, aus denen das Gemeinwesen sich über Berufskollegien, Gemeinden, Provinzen, Landstände erhebt, bis es im Reich als der universellen Gemeinschaft über allen partikulären Verbänden, seine Vollendung findet. Der Herrscher ist aber nur um des Volkes willen da. „Nam & regni proprietas est populi, & administratio regis“⁴. Die Macht des Herrschers endet nicht nur am natürlichen und göttlichen Recht, sondern auch am historischen Recht der consociationes. Das folgt aus der Volkssouveränität, die in Althusius einen ihrer

² Gierke (FN 1), S. 244 (Hervorhebung nicht im Original).

³ Vgl. dazu Wolf (FN 1). Zum Sozialvertragsgedanken s. Voigt (FN 1), S. 51/56.

⁴ Althusius, J., *Politica methodice digesta*, 3. Aufl., Herborn 1614 (Faksimiledruck, Aalen 1961), Cap. 9, 4, S. 168.

ersten Theoretiker gefunden hat. Volk ist für ihn nicht der im Staat geeinte Verband der Individuen, sondern die Gesamtheit der Korporationen, die eine rechtlich fiktive universitas bilden.

Die vom Einzelnen her gerechtfertigte korporative Ordnung muß dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen, wie Gierke es als Leitgedanken implizite dargestellt hat⁵. Im Gesellschaftsvertrag findet es eine eigentümliche Grundlegung und Sanktion.

b) Nach Althusius lösten sich die Lehren vom Gesellschaftsvertrag und der Souveränität weithin aus der Verbindung mit dem innerstaatlichen Pluralismus; sie führten geradezu dahin, daß die korporativen Gliederungen gesprengt wurden und die *volonté générale* jeden partikulären Willen aufsaugen konnte. Einen Grund dafür bildete der *Rationalismus*, der nur *more geometrico* aus Prinzipien zu deduzieren vermochte und blind war für die geschichtliche Individualität der Gemeinschaften. Dem Vergleich zu den von staats-theoretischen Mechanikern folgerichtig konstruierten, nützlichen Staatsmaschinen konnte das alte Reich mit seinen unendlichen Gliederungen, seinen inneren Widersprüchlichkeiten, deren Sinn sich nur dem geschichtlichen Auge erschließt, nicht standhalten. Es wäre dem Rationalisten auch dann nur „monstro simile“ erschienen, wenn es noch in seiner Blüte gestanden hätte.

Jedoch ging der Gedankenzusammenhang des Althusius in der deutschen Überlieferung niemals vollständig verloren. Selbst in der rational-individualistischen Staatskonstruktion *Wilhelm von Humboldts* wurde das Recht der freien Vereinigungen verteidigt, gegenüber dem die Initiative des Staates zurücktreten müsse⁶.

Der Zusammenhang erschien wieder im vollen Lichte, als sich in der Spätphase des deutschen Idealismus die Ströme des abstrakt-allgemeinen und des konkret-individuellen, des systematisch-deduktiven und des empirisch-induktiven Denkens vereinigten und die Voraussetzungen für den gigantischen Staatsentwurf der Neuzeit schufen: die Deutung des Staates als der Inkarnation des Weltgeistes in der Geschichte — die Philosophie *Hegels*⁷.

⁵ s. Zitat FN 2.

⁶ Gierke (FN 1, S. 262) spricht hier ausdrücklich von der „Subsidiarität des staatlichen Verbandes“. Zu *Humboldts* Staatslehre s. u. 4. Abschn., II 1 a. Nachweise für die Kontinuität des gesellschaftsorganischen Denkens im 17. und 18. Jahrhundert bringt Gierke, a.a.O., S. 245/263.

⁷ Zur Synthese des systematischen und geschichtlichen Denkens im Werk *Hegels*, zumal der Staatsphilosophie vgl. Meinecke, F., *Die Idee der Staatsraison in der neueren Geschichte*, Ausgabe München 1957, S. 403/433; Windelband, W., *Die Philosophie im deutschen Geistesleben des XIX. Jahrhunderts*, Tübingen 1909, S. 37/49; Cassirer, E., *Freiheit und Form*, 3. Aufl., Darmstadt 1961, S. 356/368.

Der zugleich ideale wie geschichtlich wirkliche Staat Hegels schließt den Sozialbau ab — als die substantielle Einheit, als der absolute, unbewegte Selbstzweck, in dem die individuelle Freiheit zu ihrem höchsten Recht kommt⁸. Aber auch in dieser Ordnung bleibt der vertikale Pluralismus erhalten, der vom Einzelnen über die Familie zur bürgerlichen Gesellschaft aufsteigt und schließlich im Staat seine Synthese findet. Der Staat Hegels ist damit „wesentlich eine Organisation von solchen Gliedern, die für sich Kreise sind“ und in dem sich „kein Moment als eine unorganische Menge“ zeigen soll. Er ist nicht monolithisch, sondern „das in seine besonderen Kreise gegliederte Ganze“⁹. Daher erreicht auch das Individuum seine wirkliche und lebendige Bestimmung für das Allgemeine zunächst in engeren Gemeinschaftsordnungen wie der Korporation oder der Gemeinde¹⁰. Die Gliederung des Gemeinwesens in Korporationen sorgt für „die Sicherung des Staates und der Regierten gegen den Mißbrauch der Gewalt von seiten der Behörden und ihrer Beamten“; diese Kontrolle von unten ergänzt die Kontrolle von oben¹¹. Hier klingt bereits der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung an.

Damit ist jedoch noch nicht erwiesen, daß in Hegels System auch das Subsidiaritätsprinzip enthalten sei¹². Für diese These spricht, daß die staatliche Ordnung auf der Idee des an und für sich freien Willens gegründet ist, der sich in einem Prozeß von Entzweigungen und Einigungen zur staatlichen Ganzheit hin entfaltet. Jedoch ist der subjektive Individualwille von vorneherein auf die objektive Ordnung ausgerichtet (anders als in den individualistischen Naturrechtslehren des 18. Jahrhunderts); was dem freien Willen an Beliebigem, Willkürlichem innewohnt, wird absorbiert vom ideal Richtigen. Die Bestimmung der Person liegt darin, sich in das staatliche Ganze integrieren zu lassen. Nicht aber ist es die Aufgabe des Staates, der Entfaltung der Person zu dienen, denn der Staat ist auf keinen Zweck außerhalb seiner selbst mehr bezogen — er ist der „absolute, unbewegte Selbstzweck“. Damit kommt ihm das höchste Recht gegen die Einzelnen zu, deren „höchste Pflicht es ist, Mitglieder des Staats zu sein“¹³.

⁸ Vgl. Hegel, G. W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Meiner-Ausg., 4. Aufl., Hamburg 1955, § 258 und passim.

⁹ Hegel (FN 8), §§ 303, 308.

¹⁰ Hegel (FN 8), §§ 251, 308.

¹¹ Hegel (FN 8), § 295.

¹² Die weitgehende Übereinstimmung der Subsidiaritätsdoktrin mit Hegels Lehre sucht Jakob Barion aufzuweisen (Hegels Staatslehre und das Prinzip der Subsidiarität, Die Neue Ordnung, 7, 1953, S. 193 ff., 279 ff.).

¹³ Hegel (FN 8), § 258. Der Gegensatz zur liberalen Staatsauffassung kommt besonders zum Ausdruck, wenn Hegel die Meinung verwirft, der Schutz und die Sicherung des Lebens und Eigentums der Individuen als einzelner bilde das Wesen des Staates, vielmehr sei der Staat das Höhere, „welches dieses Leben und Eigentum selbst auch in Anspruch nimmt und die Aufopferung desselben fordert“ (§ 100).

Wenn auch die Person ihr rechtliches Eigendasein im Staat nicht einbüßt, so erlangt doch das Ganze das Übergewicht über die Teile. Der Weg von unten nach oben bezeichnet in Hegels Lehre nur die Methode der philosophischen Erkenntnis; die materiale Rechtfertigung geht vom Ganzen aus¹⁴ und läßt jenen staatsphilosophischen *Universalismus* erkennen, der Hegel mit Aristoteles und Thomas verbindet, den anderen syntheseschaffenden Ordnungsdenkern des Abendlandes. Die transpersonalistische Staatsidee Hegels bildet damit aber auch einen Gegenpol zur personalistischen Subsidiaritätsdoktrin. Was immer an organischem Pluralismus und an freiheitlichem Gehalt im System des preußischen Staatsphilosophen zu erkennen ist — ein Grundsatz, der den Namen Subsidiaritätsprinzip verdient, kann ihm nicht entnommen werden. Denn nicht Subsidiarität und personale Freiheit, sondern Hierarchie und Integration schaffen hier das Prinzip, das den Sozialkörper beherrscht.

c) In besonderer Weise erneuerte sich der Sinn für die organisch-föderalistischen Ordnungen in der *germanistischen Geschichtsschreibung* des 19. Jahrhunderts. *Julius Ficker* wies diese Strukturen in der mittelalterlichen Reichsverfassung auf¹⁵. *Otto von Gierke*¹⁶ zeichnete in seiner

¹⁴ Vgl. bes. § 256: „In der Wirklichkeit ist . . . der Staat überhaupt vielmehr das Erste, innerhalb dessen sich erst die Familie zur bürgerlichen Gesellschaft ausbildet, und es ist die Idee des Staates selbst, welche sich in diese beiden Momente dirimiert . . .“

¹⁵ *Ficker* hebt besonders in seiner Schrift aus dem Jahre 1861 „Das deutsche Kaiserreich in seinen universalen und nationalen Beziehungen“ (nachgedr. in: *Schneider, F., Universalstaat oder Nationalstaat*, Innsbruck 1941, S. 19 ff.) die subsidiaritätsnahen, föderalistischen Momente der Reichsverfassung hervor: „Der engste Kreis, in welchem der Deutsche sich bewegte, galt ihm auch als derjenige, dem er vorzugsweise seine Kräfte zu widmen habe; . . . nur, wo unabweisliche Gesamtzwecke das erheischten, wo alle Teile das gemeinsame Interesse anerkannten, war es möglich, die gewaltigen Kräfte des Ganzen zusammenzufassen“ (S. 89). Ähnlich äußerte er sich zur österreichischen Verfassung (S. 132/133). Besonders aufschlußreich ist die Stelle der Auseinandersetzung *Fickers* mit *Heinrich Sybel*, in der *Ferber* (*Der Föderalismus*, S. 7) und *Kipp* (*Staatslehre*, S. 338) eine Formulierung des Subsidiaritätsprinzips erblicken: „Von der Unverletzlichkeit des Hauses ausgehend, von dem Rechte des Mannes, frei zu schalten auf seinem Eigen, baut der Staat sich in einer Stufenfolge sich erweiternder Genossenschaften auf. . . Was der jeweils kleinere Kreis für sich besorgen kann, dazu hat er die Hilfe des größeren nicht in Anspruch zu nehmen, und dieser hat kein Recht, sie ihm aufzudrängen.“

¹⁶ Vgl. *Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1. Bd., Berlin 1868, S. 1. — *Gierke* stellte die Wirkungen des bevormundenden Obrigkeitsstaates dar, der alle öffentliche Bedeutung der Gemeinden und Genossenschaften aufsauge und nur Staatsteile und Privatvereine übrig lasse (S. 644), ebenso aber auch die Folgen der Emanzipation des Individuums: die Zentralisation der Regierung und die Atomisierung des Volkes im Zeichen der Freiheit und Gleichheit (S. 645/646). Dagegen aber erkannte *Gierke* auch die Ansätze einer „modernen Assoziationsbewegung“, deren System mit der größten individuellen Freiheit vereinbar sei, während das alte Innungssystem zuletzt zur Fesselung des Individuums geführt habe; denn indem an die Stelle der in fester Ordnung sich umeinander legenden Genossenschaften des Mittelalters ein System sich kreuzender Verbände von verschiedenster Bedeutung entstanden sei, werde die ständische Grundlage überwunden (S. 652 ff., bes. S. 654).

Genossenschaftslehre das Bild von den unendlich mannigfaltigen Vereinigungen, die von den Individuen aus wachsen und bis zum Menschheitsverband reichen. Gierke hob nicht nur den Gedanken der Einheit hervor, zu der aus der scheinbar unüberwindlichen Mannigfaltigkeit die Entwicklung hindrängt, sondern auch den Gedanken der Vielheit, die in jeder zusammenfassenden Einheit fortbesteht, den Gedanken „des Rechts und der Selbständigkeit aller in der höheren Einheit zusammenströmenden geringeren Einheiten bis herab zum Individuum — den Gedanken der Freiheit“¹⁷. Eine wesentliche Komponente des Subsidiaritätsprinzips war damit vorweggenommen.

d) Seinen klassischen Theoretiker fand der gesellschaftsorganische Föderalismus in *Constantin Frantz*¹⁸. Frantz deutete den Föderalismus als das „leitende Prinzip für die soziale, staatliche und internationale Organisation“¹⁹, als das Lebensprinzip aller menschlichen Gesellschaften — die übergreifende Synthese, welche die Einheit herstellt, ohne die Vielheit aufzuheben. „Denn darin besteht der Föderalismus nicht, daß die konföderierten Glieder sich auf ihr Fürsichsein zurückziehen, sondern ihre Selbständigkeit soll vielmehr dazu dienen, daß sie auf Grund derselben um so kräftiger zusammenwirken, weil, wer nicht auf eigenen Füßen steht, auch für das Ganze wenig tun kann“²⁰. Nicht Antagonismus, sondern Kooperation ist das Leitbild²¹.

Der Föderalismus beginnt nicht mit staatlichen Institutionen, sondern mit der Ehe, die geradezu als sein Prototyp erscheint in der Weise, wie sie die Prinzipien der Individualität und der Gemeinschaft miteinander verbindet. Sie entspringt nicht menschlicher Willkür, sondern der Notwendigkeit, dem natürlichen Gesetz — und doch bildet sie einen Entfaltungsraum für die menschliche Freiheit²². Über die Familie bauen sich stufenmäßig berufsständische und territoriale Verbände bis zum Staat hin auf und setzen sich in internationalen Föderationen fort²³. Im nationalen Raum ist damit der liberale Dualismus von Individuum und Staat durch das Prinzip der intermediären Kooperation abgelöst. In das Zentrum rückt die „Gesellschaft“, die zwischen der privaten und der staat-

¹⁷ Vgl. Gierke (FN 16), S. 1.

¹⁸ *Constantin Frantz* stellte seine Lehre vor allem dar in der „Naturlehre des Staates als Grundlage aller Staatswissenschaft“, Leipzig 1870, und in „Der Föderalismus“, Mainz 1879.

¹⁹ So der Untertitel des Werkes über den Föderalismus.

²⁰ Föderalismus, S. 319.

²¹ Vgl. insbes. Föderalismus, S. 141.

²² Zur Bedeutung der Ehe: Naturlehre, S. 115/120, 285/287, Föderalismus, S. 101/105.

²³ Zu den innerstaatlichen Gliederungseinheiten vgl. Naturlehre, S. 149/167 und passim, Föderalismus, S. 128/130 und passim. — Zu den internationalen Gruppierungen vgl. Föderalismus, S. 312 ff., 352, 371/415.

lichen Sphäre vermittelt und von dem „geselligen“ zum politischen Bereich überleitet²⁴. Staat und Gesellschaft sind zwar verschieden, aber nicht getrennt: Sie verhalten sich zueinander „wie Mann und Frau, die gewiß zwei verschiedene Wesen sind, aber um deswillen nur um so mehr zusammengehören und sich gegenseitig ergänzen“²⁵. Die Gesellschaft zeigt sich nicht als ein „Haufen atomer Individuen“, sondern als Ordnungszusammenhang; ihre Strukturen sind das Ergebnis von Notwendigkeit und freier Entscheidung, wie es dem Wesen des Menschen gemäß ist²⁶.

Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang das Subsidiaritätsprinzip nicht angeführt. Mittelbar sind jedoch wesentliche Momente des Grundsatzes in der föderalistischen Konzeption von Frantz enthalten. Bedeutsam ist vor allem die dezentralistische Tendenz, die vom Kampf gegen jede Form des Staatsabsolutismus beherrscht wird. Frantz verwirft den „staatlichen Kommunismus“ und das „staatliche Zentralisationssystem“²⁷ und betont demgegenüber das Eigendasein, die Autonomie der Korporationen als „Staaten im Staate“. Während Frantz in den rechtsstaatlichen Institutionen, wie der (horizontalen) Gewaltenteilung, unzulängliche Mittel sieht, um die politische Freiheit zu gewährleisten²⁸, hält er im föderalistischen System diese Freiheit für gesichert. Nur in überschaubaren Räumen kann die Freiheit lebendig bleiben. „Es liegt in der Natur der Dinge, daß je größer der Staat, um so stärker die Zentralgewalt werden muß, der gegenüber die einzelnen Individuen gänzlich ohnmächtig sind“²⁹. Frantz fordert, die wirtschaftliche Initiative solle von unten nach oben wirken. Mittelbar liegt dem System des Föderalismus überhaupt eine Rechtfertigung zugrunde, die weithin den neuscholastischen Personalismus vorwegnimmt. Frantz verwirft die Staatslehre, daß die Glieder des Staates nicht um ihrer selbst, sondern um des Staatskörpers willen da seien³⁰.

Trotzdem geht es weniger um die Abgrenzung der Lebensbereiche, worin das eigentliche Ziel des Subsidiaritätsprinzips liegt, als um ihre wechselseitige Verbindung. Deshalb erscheint im System des Föderalismus das Moment der Solidarität stärker als das der Subsidiarität³¹.

²⁴ Vgl. Naturlehre, S. 149/167.

²⁵ Naturlehre, S. 165.

²⁶ Zitat: Naturlehre, S. 160.

²⁷ Föderalismus, S. 170 (zu den Staatsbahnen); vgl. ebd., S. 133/141, 166; Naturlehre, S. 216/227.

²⁸ Vgl. Naturlehre, S. 215, 225.

²⁹ Naturlehre, S. 213.

³⁰ Besonders aufschlußreich: Naturlehre, S. 29, 226/227.

³¹ Für die Frage nach dem Subsidiaritätsprinzip irrelevant sind auch die Darstellungen zum Status activus der föderierten Verbände (vgl. Föderalismus, S. 130/131).

Bedeutsamer ist allerdings, daß die föderative Verfassung mit dem idealen Anwendungsbereich des neuscholastischen Grundsatzes übereinstimmt: als ein reich gestuftes, analog geordnetes Feld sozialer Einheiten. Dieser Anwendungsbereich erscheint bei Frantz nicht als ungeschichtliches, abstraktes Modell, sondern als das lebendige Reich der Geschichte, in dem die Naturlehre des Staates ihre Grundlage findet.

Vierter Abschnitt

Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips in der liberalistischen Staatstheorie

I. Die Akzentuierung des Subsidiaritäts- prinzips im liberalen Staatsverständnis

Die personalistische Komponente des Subsidiaritätsprinzips führt auf den staatstheoretischen Liberalismus zurück¹. In diesem Bezug erscheint das Subsidiaritätsprinzip in verwandelter Gestalt.

1. Es ist kennzeichnend, daß der Liberalismus seine Sternstunde im Durchbruch der Transzendentalphilosophie erlebte. Wie nach der kopernikanischen Wende des Denkens das erkennende Subjekt in das Zentrum rückte und die Objektwelt nur noch als Geschöpf seines Erkenntnisvermögens zu erfassen war, wie von jetzt an der Mensch nicht mehr als der Sklave der Naturgesetze, sondern als das autonome Wesen erschien, das der Natur nach Maßgabe der eigenen Erkenntnisverfassung die Gesetze diktierte, so konnte das zu transzendentelem Selbstbewußtsein erwachte Individuum sich nicht mehr als Glied einer transzenten, objektiv wirksamen Sozialordnung fühlen. Da die Persönlichkeit sich in transzententaler Freiheit selbst verfaßte, brachte sie auch den Staat hervor — als Entwurf der individuellen Autonomie, als Emanation der individuellen Freiheit. Der Staat war nicht mehr eine vorgegebene Gewalt der Wirklichkeit mit vorgegebener Legitimität, sondern Aufgabe der menschlichen Vernunft — der Staat war Idee. Die kontingente Verwirklichung der Staatlichkeit konnte dem Einzelnen nicht mehr souverän das Daseinsrecht und den Entfaltungsraum zuweisen, vielmehr hatte sie selbst ihre Existenz und ihre Kompetenz vor dem Thron der souveränen Vernunft zu rechtfertigen.

¹ Nach *Georg Dahm* begegnen sich im Subsidiaritätsprinzip der Liberalismus und die katholische Sozialphilosophie (Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963, S. 161).

Diese Rechtfertigung konnte nur darin liegen, daß der Staat als Ergebnis der Vernunft für sein Dasein vernünftige Gründe vorbringen und nachweisen konnte, daß irgendein Zweck, nach dem der Mensch streben müsse, nur durch den Staat erreicht werden könne, „daß mithin der Staat für die auf eine gewisse Stufe der Gesittung gelangte Menschheit ein Postulat der Vernunft sei“ (Eötvös)². Da er aus der Autonomie des Individuums hervorgegangen war, mußten seine heteronomen Einwirkungen auf das Mindestmaß des Notwendigen beschränkt werden, durften sie den Grund nicht antasten, dem sie entwachsen waren. Als Geschöpf der Freiheit konnte seine Aufgabe nur darin bestehen, diese Freiheit zur vollen Entfaltung zu bringen.

Liberaler Staatlichkeit ist daher nur legitim, soweit sie subsidiär ist. Das Subsidiaritätsprinzip ist der Grundgedanke der liberalen Lehre von der Rechtfertigung und den Aufgaben des Staates (Staatszwecklehre)³.

Von dieser Voraussetzung her werden die Eigentümlichkeiten des liberalen Subsidiaritätsverständnisses gegenüber dem föderalen sichtbar:

2. a) Die Grundlage des Liberalismus bildet die *freie Individualität*. Aber sie bildet nur die Voraussetzung, von der aus gedacht wird, nicht den Gegenstand des Denkens. Das Denken selbst vollzieht sich in rationalen Kategorien, welche die individuellen Besonderheiten nicht zu erfassen vermögen. Aus allgemeinen Prinzipien läßt sich Individualität nicht deduzieren. Aber gerade weil der rationale Liberalismus *formal* bleibt, läßt er die Individualität unangestastet und vermeidet jede Schematisierung und Typisierung, auf die auch die subtilste materiale Begrifflichkeit nicht verzichten kann⁴; kennzeichnenderweise fehlt auf der Kategorientafel Kants die Individualität.

Dafür wird der Staat, der Gegenspieler des Einzelnen, geradezu als der Inbegriff der Konformität dargestellt, als die allgemeinste soziale Einheit. Der Staat ist eine rationale Konstruktion. Seine Gewalt steht

² Eötvös, Der Einfluß der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat, 2. Bd., Leipzig 1854, S. 59/65 (Zitat S. 65).

³ Zur Staatszwecklehre, bes. ihrer liberalen Akzentuierung: Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 184/265, bes. S. 246/265; Hug, Die Theorien vom Staatszweck, vor allem S. 15/37, 56/79; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 759/817, bes. S. 776/786; Hespe, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.

Den Zusammenhang des rationalistischen Frühliberalismus mit dem Subsidiaritätsprinzip läßt einschlußweise Nawiasky (Staatstypen, S. 28) hervortreten: „Eingriffe sind nur gerechtfertigt, um den Auswüchsen des Freiheitsgebrauchs entgegenzutreten und die anderen in ihrer Freiheit zu schützen. Nur wo der selbsttätige Gemeinssinn versagt, ist Zwang am Platz. Staatliche Unterstützung ist nur geboten für diejenigen, die nicht in der Lage sind, aus eigener Kraft sich den nötigen Lebensunterhalt zu verschaffen.“

⁴ Hier liegt der Ausgangspunkt für das liberale Postulat des „allgemeinen“ Gesetzes — „allgemein“, d. h. von den Besonderheiten der gesetzunterworfenen Individuen abstrahierend.

unter dem Gesetz der Allgemeinheit, ihr fehlen die Züge des Individuellen. „So wird der Staat . . . zum Mechanismus gemacht, damit die Einzelnen sich ungehemmt als Organismus entfalten können“ (Cassirer)⁵. Der liberale Rationalismus muß letztlich auch die geschichtlichen und nationalen Besonderheiten der Staaten vernachlässigen und weltbürgerliche Züge annehmen⁶.

b) *Intermediäre Gebilde*, die nicht das Maß von Allgemeinheit enthalten wie der Staat, die vielmehr partikuläre individuelle Ziele in sozialer Standardisierung widerspiegeln, müssen außerhalb des liberalen Blickfeldes verbleiben. Das Sozialsystem des Liberalismus ist deshalb dualistisch und kann die Einzelnen, die zur „Gesellschaft“ summiert werden, einzig der Staatsgewalt gegenüberstellen: die höchste Individualität der höchsten Allgemeinheit. Jedes Individuum lebt in unmittelbaren Rechtsbeziehungen zum Staat. Diese Bipolarität stellt geradezu das Gegenbild zum pluralistischen Föderalismus dar, der eine vielgestaltige Übergangszone kennt.

Damit wandelt sich der Anwendungsbereich des Subsidiaritätsgrundsatzes: Es ist nicht mehr das reich gegliederte, rechtlich durchgeordnete Gemeinwesen, wie es vom föderalen Ansatz her erscheint, sondern das *zweiseitige Verhältnis von Staat und Gesellschaft*. Das Subsidiaritätsprinzip wirkt hier nicht als Zuständigkeitsregulativ im Staat, sondern als Freiheitsnorm gegen den Staat. „Staat“ ist im liberalen Verständnis nicht mehr der Verband, in dem die Glieder sich zum Ganzen vereinigen, sondern die eigenständige Anstalt, die juristische Person; nicht die Integrationseinheit der Bürger, sondern der „Ganz Andere“^{6a}, der den Bürgern gegenübertritt; nicht die politische Gemeinschaft des Volkes, sondern der Gegenspieler der „staatsfreien“ Gesellschaft. Dem rechtlich verfaßten „Staat“ steht die sich spontan selbst verfassende „Gesellschaft“ gegenüber, die einen autonomen Bereich bildet, der grundsätzlich staatlichen Eingriffen versperrt ist.

Staat und Gesellschaft stehen sich gegnerisch gegenüber. Es geht gerade nicht — wie vom föderalen Ansatz her — um Kooperation und Verschmelzung, sondern um Konfrontation und Scheidung der Bereiche. Der Staat erscheint in dieser dualistischen Beziehung als ein notwendiges Übel. Das Subsidiaritätsprinzip gewährleistet, daß das Übel die Grenze des Notwendigen nicht überschreitet.

c) Jede Intervention muß bestimmten Voraussetzungen genügen und die „Grenzen der Wirksamkeit des Staates“ einhalten. Jene *Rationalität*,

⁵ Cassirer, Freiheit und Form, 3. Aufl., Darmstadt 1961, S. 331 (zu Wilhelm von Humboldts Lehre).

⁶ Die klassische Darstellung dieser Phänomene bildet Meineckes Werk „Weltbürgertum und Nationalstaat“ (5. Aufl., München und Berlin 1919).

^{6a} Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie, 2. Aufl., München 1934, Vorbem.

die das Wesen des liberalen Staates ausmacht⁷, muß auch das Gesetz seines Handelns prägen. Die wichtigste Eigenschaft des liberalen Staates ist daher die *Berechenbarkeit* seiner Aktionen. Das Instrumentarium des Rechtsstaates, etwa Grundrechte und Gewaltenteilung, bildet nur die Materialisierung dieses allgemeinsten Gebotes. Die Staatsraison, die fordert, daß die unberechenbare Gunst des geschichtlichen Augenblickes genutzt und jedes Mittel zu diesem Ziel anpassungsfähig eingesetzt werde, muß jenseits des liberalen Horizontes verbleiben. Das Privileg des unberechenbaren Handelns steht allein dem Einzelnen zu.

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt hier als ein Mittel, um die Berechenbarkeit des Staates zu gewährleisten, als Kalkül, um die Staatszwecke zu limitieren.

d) Da die liberale Ordnung nicht von einer apriorischen Teleologie her bestimmt ist, kann der Staat nur *architektonische*, nicht aber organische Strukturen aufweisen. Ihm sind nicht Ziel und Rechtfertigung ursprungschaft eingestiftet worden, vielmehr muß er sie außerhalb seiner selbst suchen und von den Individuen ableiten⁸. Der Staat ist nicht Selbstzweck, sondern verwirklicht nur einen *Instrumentalwert*. Das Subsidiaritätsprinzip ist somit nicht das Ergebnis einer vorgegebenen „richtigen“ Ordnung, sondern ein Mittel dazu, die richtige Ordnung herzustellen — als Maßstab der Aufgabenverteilung, als Element staatlicher Legitimation.

Somit kann es die Änderung der bestehenden Verhältnisse fordern. Da der liberale Rationalismus nicht versucht, die gewachsenen Formen zu verstehen, zu pflegen, einzuhegen oder wiederherzustellen, wie es organisch-föderalem Denken gemäß ist, da sich der liberale Rationalismus gewissermaßen nicht aus der Geschichte heraus, sondern von außen, von einem (scheinbar ungeschichtlichen) Vernunftstandpunkt gegen die Geschichte hin entwickelt, kann er ein polemisches Gegenbild zur staatlichen Wirklichkeit entwerfen und *revolutionäre* Sprengkraft erzeugen, wenn die Vernunft zur Tat schreitet.

3. Welche konkreten Züge das Subsidiaritätsprinzip im liberalen Verständnis annimmt, hängt davon ab, wie das Spannungsverhältnis zwischen liberaler Idee und geschichtlicher Realität aufgelöst wird. Die Skala der Lösungen reicht von apriorischen Modellen der ungeschichtlichen, „reinen“ Vernunft bis zu relativistisch-historistischen Deutungen der vernunftdurchwirkten Geschichtlichkeit. In dieser Skala sei das jeweilige Subsidiaritätsverständnis exemplarischer Staatstheorien untersucht.

⁷ Zum Wesen der staatlichen Rationalität vgl. *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Hbd., S. 1034/1102; *Hesse*, *Festgabe für Smend*, S. 83/84; *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 53/61.

⁸ Einen solchen Rechtfertigungsversuch der Staatlichkeit bildet die Lehre vom Gesellschaftsvertrag.

II. Idealtypen liberaler Staatsvorstellungen und das Subsidiaritätsprinzip

1. Das frühliberale Modell des reinen „Rechtsbewahrstaates“¹

a) Idealistische Staatsphilosophie — Kant, Humboldt

aa) Der deutsche Frühliberalismus fand sein philosophisches Fundament in der Staatslehre *Immanuel Kants*².

In der philosophischen Genesis der Staatlichkeit steht am Anfang die menschliche Freiheit, die in ihrem „natürlichen Zustand“ Willkür und Gewaltsamkeit in sich schließt. Erst im Staatsvertrag läutert sich die Freiheit aus dem Zustand der Rechtlosigkeit zum „bürgerlichen Zustand“. Der Staatsvertrag, der nicht als historisches Ereignis, sondern als philosophische Legitimation zu erfassen ist, geht dahin, „sich einem öffentlich gesetzlichen äußeren Zwange zu unterwerfen, also in einen Zustand zu treten, darin jedem das, was für das Seine anerkannt werden soll, gesetzlich bestimmt und durch hinreichende Macht (die nicht die seinige, sondern eine äußere ist) zu Teil wird“³. Auf dieser Grundlage erhebt sich der Staat als „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“⁴.

Die Freiheit des Einzelnen kann neben der Freiheit der anderen nur bestehen, wenn sie durch eine rechtliche Grenze von ihr getrennt ist und eine neutrale staatliche Zwangsgewalt den Schutz der Grenzen übernimmt. Das staatliche Wächteramt über die rechtlichen Grenzen der Freiheit (*Rechtsprinzip*) bildet die Grundlage der republikanischen Staatsverfassung. In dieser staatlichen Rahmenordnung kann das Menschengeschlecht seine Bestimmung erfüllen, seine Anlagen vernunftgemäß auszubilden und auf dem Wege der Aufklärung fortzuschreiten.

Dagegen legitimiert die Sorge um das Wohlergehen der Bürger (*Glückseligkeitsprinzip*) den Staat nicht. Denn diese Sorge bringt den Staat in

¹ Der Ausdruck „Rechtsbewahrstaat“ stammt von *Herbert Krüger*, DVBl. 1951, 364.

² Quellen der kantischen Staatslehre: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), in: *Werke* (Insel-Ausgabe), Darmstadt 1964, Bd. VI, S. 125; Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1794), ebd., S. 31; *Metaphysik der Sitten*, 1. Teil, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), darin: *Das Staatsrecht*, §§ 43/52, *Meiner-Ausgabe*, Hamburg 1954.

Darstellungen der kantischen Staatslehre: *Cassirer*, E., *Freiheit und Form*, 3. Aufl., Darmstadt 1961, S. 303/327; *Fischer*, Kuno, *Geschichte der neueren Philosophie*, 4. Bd., 2. Aufl., Heidelberg 1869, S. 199/240; *Jaspers*, K., *Die großen Philosophen I*, München 1959, S. 534/584; *Litt*, Th., *Kant und Herder*, Heidelberg 1949, S. 184/199.

³ *Metaphysik*, § 44 (ohne die Hervorhebungen des Originals).

⁴ *Metaphysik*, § 45.

Konflikt mit der bürgerlichen Freiheit, jenem Prinzip, das die Staatsverfassung konstituiert: „Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammenbestehen kann, . . . nicht Abbruch tut“⁵. Da das Glück sich nicht als allgemeine Norm fassen läßt, muß auch der wohlwollendste Versuch eines Herrschers, nach seiner eigenen Vorstellung das Volk zu beglücken, in Despotismus umschlagen und das Volk, das sich den Anspruch, sein eigenes Glück selbst zu finden, nicht rauben lassen will, in die Rebellion treiben⁶.

Wenn Kant es auch ablehnt, die republikanische Verfassung eudämonistisch zu begründen, so geht es ihm doch in erster Linie darum, die autonome bürgerliche Gesellschaft von der Bevormundung durch eine „väterliche“ Regierung zu befreien. Einen Rest von staatlicher Wohlfahrtspflege läßt er allerdings noch bestehen⁷. Wohl aber hat Kant den

⁵ Über den Gemeinspruch, A 235/236, S. 145.

⁶ Vgl. ebd., A 235/236, S. 145/146; A 261, S. 159.

⁷ In zwei Richtungen geht Kant über eine eng verstandene Rahmenfunktion des Staates hinaus:

a) Er erkennt das Recht der „Polizei“ an, die „öffentliche Sicherheit, Gemächlichkeit und Anständigkeit“ zu besorgen, und billigt solche Interventionen, die nicht durch den Sicherheitszweck erfordert werden, lediglich den *sensus decori* der Bürger vor Verletzung bewahren und damit allerdings „der Regierung gar sehr ihre Geschäfte“ erleichtern, das Volk durch Gesetze zu lenken (Metaphysik, Allg. Anm. B nach § 49). Das Wohlergehen der Bürger darf sogar positiv gefördert werden, wenn es ein wirksames Mittel ist, Sicherheit gegen äußere Feinde zu gewinnen, wenn also der außenpolitische Sicherheitszweck das innenpolitische Mittel der Wohlfahrtsförderung rechtfertigt (vgl. Über den Gemeinspruch, A 253, S. 155); in beiden Fällen ist die staatliche Wohlfahrtspflege mittelbar durch das Sicherheitsprinzip gerechtfertigt.

b) Daneben billigt Kant dem Staat auch die Kompetenz zu, sich um das Armenwesen zu kümmern und sich der Findelkinder — dieses „obzwar unwillkommenen Zuwachs(es) des Volksvermögens“ — anzunehmen (vgl. Metaphysik, Allg. Anm. C nach § 49).

Das Recht, das Volk mit Abgaben zu seiner eigenen Erhaltung zu belasten, steht dem Staat nicht originär zu, sondern nur „indirekt, d. i. als Übernehmer der Pflicht des Volks“. Die Grundlage der Kompetenz sieht Kant in einer Solidarität, die der Sozialvertrag für die bürgerliche Gesellschaft hergestellt hat; diese Solidarität rechtfertigt eine staatliche Umverteilung des Vermögens von den wohlhabenden auf die bedürftigen Partner des Sozialvertrages: „Der allgemeine Volkswille hat sich nämlich zu einer Gesellschaft vereinigt, welche sich immerwährend erhalten soll, und zu dem Ende sich der inneren Staatsgewalt unterworfen, um die Glieder dieser Gesellschaft, die es selbst nicht vermögen, zu erhalten. Von Staats wegen ist also die Regierung berechtigt, die Vermögenden zu nötigen, die Mittel der Erhaltung derjenigen, die es, selbst den notwendigsten Naturbedürfnissen nach, nicht sind, herbeizuschaffen; weil ihre Existenz zugleich . . . Akt der Unterwerfung unter den Schutz und die zu ihrem Dasein nötige Vorsorge des gemeinen Wesens ist, wozu sie sich verbindlich gemacht haben . . .“ (Metaphysik, a.a.O.).

Antagonismus des Rechts- und des Wohlfahrtszweckes entfesselt, der das politische und staatsrechtliche Denken bis heute beherrscht und über die rechts- und sozialstaatlichen Kategorien (etwa den Gegensatzpaaren Eingriffs- und Leistungsverwaltung, Sicherheitszweck und Daseinsvorsorge) in gewandelter Form weiterwirkt⁸.

bb) Nicht Kant, sondern *Wilhelm von Humboldt* hat den Antagonismus der Staatszwecke zur letzten Konsequenz ausgeführt. Die frühidealistische Staatsauffassung hat ihre reinste Darstellung in seinem Jugendwerk „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen“ (1792) gefunden⁹. Wie im System Kants, werden von einem individualistisch-gesellschaftsvertraglichen Ansatz her, dem Leitbild, „daß der wichtigste Gesichtspunkt des Staats immer die Entwicklung der Kräfte der einzelnen Bürger in ihrer Individualität“ sein müsse¹⁰, die Funktionen aufgeteilt: dem Staat wird das unerläßliche Minimum zugewiesen, dem Individuum das mögliche Maximum belassen. Diese Aufteilung folgt nicht einer apriorischen Teleologie, sondern einem rationalen Verteilungsmaßstab: dem Kalkül der „Notwendigkeit“¹¹. Die-

Kant räumt somit dem Staat das Recht zur Daseinsvorsorge ein — fast unter Vorwegnahme des heutigen Terminus. Jedoch steht das Recht unter einem doppelten Subsidiaritätsvorbehalt: einmal muß der Einzelne zur Selbsthilfe unfähig sein; dann darf das Volk nicht spontan die Aufgabe lösen, da der Staat ja nur als „Übernehmer der Pflichten des Volks“ handelt. Die doppelte Subsidiarität des modernen Fürsorgerechts (zwischen Fürsorgeempfängern und Hilfetragern, zwischen privaten und öffentlichen Fürsorgeträgern) klingt bereits an. Der einzige Weg, welcher der staatlichen Würde gemäß ist, um die Mittel für das Armenwesen zu erschließen, bilden Zwangsabgaben. Entscheidend ist, daß *Kant* die Kompetenz im Armenwesen völlig selbständig gegenüber dem Sicherheitszweck entwickelt. Damit setzt sich seine Lehre deutlich von der sicherheitsrechtlichen Auffassung der Fürsorge ab.

Diese Elemente des Wohlfahrtszweckes werden in der Literatur über das kantische Staatsdenken regelmäßig übersehen. Ausdruck der herrschenden Klischeevorstellungen ist die Meinung *Ehmkes* (Festgabe für Smend, S. 35 Anm. 51; weit. Nachw. s. *Angermann*, Robert von Mohl, S. 106, 113) *Kant* habe den Staat um seinen materiellen (sc. sozialen) Gehalt gebracht, der „soziale Rechtsstaat“ des Grundgesetzes sei gewissermaßen eine „späte Antwort auf *Kant*“. Immerhin hat diese Feststellung etwas Richtiges, wenn man auf die objektive Wirkung abstellt; die Trennung des Rechts- und des Glückseligkeitsprinzips, die bei *Christian Wolff* noch rein darstellenden Charakter hatte und bei *Kant* selektiven Charakter annahm, hat letztlich die völlige Ausscheidung des zweiten Grundsatzes aus dem Rechtsstaat vorbereitet und theoretisch ermöglicht. Vor allem hat *Kants* Polemik gegen den Eudämonismus dazu beigetragen.

⁸ Vgl. vor allem die Deutung des sozialen Rechtsstaates als Antinomie bei *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), 8 ff.

⁹ Zitiert: Ausgabe Stuttgart 1962. — Zu *Humboldts* Staatslehre: *Bluntschli*, Geschichte, S. 437/450; *Cassirer* (FN 2), S. 327/337; *Meinecke*, Weltbürgertum und Nationalstaat, S. 38/61; *Hug*, Die Theorien vom Staatszweck, S. 30/37; *Kessel*, E., *Wilhelm von Humboldt, Idee und Wirklichkeit*, Stuttgart 1967, bes. S. 90/91, 149/188.

¹⁰ Ideen, S. 153, vgl. auch S. 21, 25.

¹¹ Ideen, S. 168, 153/154. Nach dem Gesetz der Notwendigkeit werden nicht

ses Kriterium enthält neben dem Übermaßverbot zugleich auch den — individualistisch zugespitzten — Gedanken der Subsidiarität¹². Der Staat soll nämlich seine Tätigkeit deshalb auf das Notwendige beschränken, damit den Individuen ein möglichst großes Wirkungsfeld verbleibe; er darf nie etwas anderes zum Gegenstand seiner Wirksamkeit machen als das, was die Bürger aus sich heraus nicht zu schaffen vermögen. Diese — subsidiäre — Zurückhaltung des Staates erscheint als „das einzig wahre und untrügliche Mittel“, „scheinbar widersprechende Dinge, den Zweck des Staats im ganzen und die Summe aller Zwecke der einzelnen Bürger, durch ein festes und dauerndes Band freundlich miteinander zu verknüpfen“¹³. Der Zweck, der nicht ohne den Staat erreicht werden kann, ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen *Sicherheit*, des Rahmens, dessen die Individualfreiheit zu ihrer Entfaltung bedarf. Diese Aufgabe wird rein negativ verstanden als Schutz der Freiheit vor rechtswidrigen Störungen. So gelangt Humboldt zu der Maxime: „Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter, als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem anderen Endzwecke beschränke er ihre Freiheit“¹⁴.

Daher wird jeder Versuch des Staates verworfen, sich in die Privatangelegenheiten seiner Bürger zu mischen, „wo dieselben nicht unmittelbaren Bezug auf die Kränkung der Rechte des einen durch den anderen haben“¹⁵. Zum Bereich des Privaten gehört alles, was nicht zu den eigentlichen Staatsaufgaben, der Aufrechterhaltung der äußeren und der inneren Sicherheit, zählt. Damit entfallen für den Staat vor allem die Einwirkungsmöglichkeiten in die Bereiche der Religion, der Ehe, der Erziehung und des Bildungswesens¹⁶.

Die Staatsverfassung Humboldts wird also von Subsidiaritätserwägungen getragen. Jedoch erschöpfen sich diese weithin schon im Zeitpunkt der Verfassungsgebung. Sowie die Grenzen einmal gesteckt sind und dem Staat die Sorge für die individuelle Wohlfahrt genommen ist, bleibt ihm in diesem Bereich überhaupt keine Zuständigkeit — auch keine subsidiäre. Im übrigen ist aber auch die einzig legitime Staatsfunktion nicht ausschließlich dem Staat vorbehalten. So sollen staatliche „Polizeiveranstal-

nur die Aufgaben im idealen Modell zugewiesen, vielmehr soll nach ihm auch das Modell in die Wirklichkeit überführt werden.

¹² Zur Unterscheidung von Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot s. u. § 17.

¹³ Ideen, S. 153/154.

¹⁴ Ideen, S. 44; zum Wesen der Sicherheit vgl. S. 97/154.

¹⁵ Ideen, S. 26.

¹⁶ Zur Religion: Ideen, S. 64/82; zur Ehe: S. 147/151; zum Bildungswesen, S. 57/63; zur Sittenverbesserung, S. 83/96; zur staatlichen Wirtschaftsbetätigung, S. 155/159.

tungen“ hinter der gemeindlichen Eigentätigkeit zurücktreten, wenn sich die Gefahr nur auf den Bereich eines Dorfes oder einer Stadt erstreckt, ebenso wie Verträge, in denen die Bürger von sich aus Vorkehrungen für ihre Sicherheit treffen, staatlichen Verordnungen vorzuziehen sind¹⁷. Es stehen dem Staat also nicht nur Individuen gegenüber, sondern auch freie Vereinigungen, in denen sich die menschliche Mannigfaltigkeit ausprägt, und darüber hinaus die Gesamtheit der „Nation“¹⁸. Freie Zusammenschlüsse (die Nationalanstalten) sollen den Staatsanstalten vorgezogen werden, wo einheitliche Anordnungen notwendig sind, um einen Gemeinschaftszweck zu erreichen (wie die Verhütung von Unglücksfällen, Hungersnöten oder Überschwemmungen). Denn in den Nationalanstalten genießt der Einzelne größere Freiheit; in ihnen sinkt der Mensch nicht so leicht zum Werkzeug herab wie im größeren Verband; überdies haben die Leistungen eines freien Zusammenschlusses einen persönlicheren, individuelleren Charakter als die des Staates¹⁹. Auf Teilbereichen wirken also Subsidiaritätsmomente auch im bereits „verfaßten“ Staatswesen fort.

Das Schrankensystem Humboldts beruht auf der Erkenntnis, daß Freiheit und Tätigkeit sich gegenseitig bedingen, daß der Vorrang der individuellen Freiheit nur durch den Vorrang der individuellen Initiative zu sichern sei. Der Staat darf nicht als fertiges Gut liefern, was Ergebnis eigener Anspannung sein muß, weil der Mensch sonst die Gabe auf Kosten der Kräfte empfängt, die in ihm angelegt sind, und weil überflüssige staatliche Hilfe den Bürger zur Indolenz verleitet. Humboldt sieht auch das Phänomen, daß die individuelle Freiheit in dem Maß abnimmt, in dem die staatliche Bürokratie wächst²⁰. In dieser Ausgangsthese stimmen die Regelungen des Humboldt'schen Schrankensystems und das moderne Subsidiaritätsprinzip überein. Unterschiedlich sind jedoch die Folgerungen, die aus ihr abgeleitet werden. Das liberale Staatsmodell gründet in der *Autarkie* der sozialen Einheiten, der Subsidiaritätsgrundsatz, dessen Anruf sich an den modernen Wohlfahrtsstaat richtet, in deren Solidarität. Das eine Prinzip bewirkt das völlige sozialpolitische Disengagement des Staates, das andere steckt lediglich der sozialpolitischen Tätigkeit Grenzen, nicht aber der sozialpolitischen Verantwortung.

Die Besonderheit des frühliberalen Staatsmodells wird nur aus dem *Menschenbild der Aufklärung* heraus verständlich, aus dem es entwickelt

¹⁷ Vgl. Ideen, S. 108 mit näheren Differenzierungen.

¹⁸ Zu diesem eigentümlichen, unpolitischen Nation-Begriff, der eine Vorstufe zum späteren Gesellschafts-Begriff darstellt, vgl. Meinecke (FN 9), S. 38/61; Cassirer (FN 2), S. 331/334.

¹⁹ Vgl. Ideen, S. 46/48 (besonders aufschlußreich die Differenzierungen zwischen den staatlichen und den nationalen Gesellschaftsverträgen) und S. 27. Gierke (Althusius, S. 262) bezeichnet die Abgrenzung zwischen Staats- und Nationalanstalten geradezu als „Subsidiarität“.

²⁰ Vgl. Ideen, S. 30, 40, 47/48. Vgl. Cassirer (FN 2, S. 329/330).

worden ist: dem Bild der in sich ruhenden, autonomen Persönlichkeit, die „höchstes Glück der Erdenkinder“ ist, dem Bild des emanzipierten Individuums, das sich empfindlich gegen jede Bevormundung des absolutistischen Landesvaters wehrt („Nicht eine väterliche, sondern eine vaterländische Regierung“) ²¹.

Humboldt ging es nicht nur um das Recht zu einzelnen Lebensäußerungen (etwa um die Meinungsfreiheit), sondern um das *Grundrecht der Individualität schlechthin*. Sinn aller gesellschaftlichen Bildungen war es gerade, mannigfaltige, kraftvolle Charaktere zu ermöglichen ²². Dieses Freiheitsideal wurde von der Erwartung getragen, daß der Mensch mehr zu wohlthätigen als zu eigennützigen Handlungen geneigt sei, daß die häuslichen und öffentlichen Tugenden des Bürgers auf den bloß unverdorbenen Menschen bereits einen unwiderstehlichen Reiz ausübten, daß letztlich noch kein Mensch tief genug gesunken sei, „um für sich selbst Wohlstand und Glück der Größe vorzuziehen“ ²³. Auf dieser Grundlage konnte die „Nation“ im Zustand prästablierter Harmonie erscheinen, die durch staatliche Eingriffe in ihr inneres Gefüge nur gefährdet werden konnte. So wie sich nach deistischer Vorstellung Gott aus seiner Schöpfung zurückgezogen hatte und das Weltenuhrwerk aus eigener Kraft weiterlief, so durfte auch der Staat die Gesellschaft sich nach ihrer eigenen Gesetzmäßigkeit entwickeln lassen und darauf vertrauen, daß die Spontaneität der Individuen die innere Ordnung der Gesellschaft von selbst hervorbringe.

Das Staatsideal Humboldts war völlig *unpolitisch*, wie es dem philosophisch-ästhetischen Zeitalter Deutschlands gemäß war, in dem man sich der Erkenntniskritik zuwandte, während die westliche Nachbar nation die verschiedensten Formen des staatlichen Lebens in hektischem Wechsel erprobte, und in dem sich der deutsche Geist in eine Bildungswelt flüchtete, während England und Frankreich um die Vormacht in Europa kämpften. Dieser Rückzug in die Innerlichkeit war der Ausdruck der politischen Resignation des Bildungsbürgertums, das die Freiheit nur „in dem Reich der Träume“ suchte. So war auch das Staatsideal des

²¹ Kant, Über den Gemeinspruch, A 236, S. 146.

²² Vgl. Ideen, S. 28, 94, 153. Dazu Cassirer (FN 2), S. 331, 329. — Während Humboldt vom Wesen der Individualität ausgeht, um dem Staat die Kompetenz zur Daseinsvorsorge abzusprechen, gelangt Kant von einem anderen Ausgangspunkt her zum gleichen Ergebnis, von der Allgemeinheit des Gesetzes; „... sowohl die Zeitumstände als auch der sehr einander widerstreitende ... Wahn, worin jemand seine Glückseligkeit setzt (worin er sie aber setzen soll, kann ihm niemand vorschreiben), macht alle festen Grundsätze unmöglich und zum Prinzip der Gesetzgebung für sich allein untauglich“ (Über den Gemeinspruch, A 252, S. 154).

²³ Ideen, S. 94, 28.

Frühidealismus letztlich eine Abkehr vom Staat, bestimmt von der Sorge, daß keine äußere Gewalt die Kreise des Denkers störe²⁴.

cc) Das Staatsideal hielt sich deshalb auch nur auf der luftigen Höhe des *spekulativen* Denkens. Seine gläserne Klarheit, seine zwingende Konsequenz finden in der geschichtlichen Wirklichkeit keine Entsprechung. Obwohl der reale Staat des 19. Jahrhunderts sich nicht mit letzter Folgerichtigkeit auf den Rechtszweck zurückführen ließ, trug die Theorie des Rechtsstaates zum Ende des aufgeklärt absolutistischen Wohlfahrtsstaates bei. Mit der Emanzipation aus wohlfahrtsstaatlicher Bevormundung wurde der Wohlfahrtszweck nicht liberalisiert, sondern verdrängt. Damit wurde der überkommenen *Polizeiwissenschaft* der Abschied gegeben, die als wesentliche Staatsaufgabe die Sorge des Landesherrn für seine Untertanen, die „gute Policey“, zum Gegenstand hatte, und eine spezifisch deutsche Verfassungstradition abgebrochen, die bis in feudalistische und reformatorische Ursprünge zurückreichte²⁵. Der materiale Policey-Staat wurde vom formalen Rechtsstaat abgelöst.

dd) Wenn das liberale Subsidiaritätsprinzip den Staat a priori auf den Sicherheitszweck festlegt, so stellt es eine endgültige, starre Zuständigkeitsordnung her (*starre Subsidiarität*), jedoch büßt es damit seine Offenheit und Anpassungsfähigkeit ein, die seinem hypothetischen Charakter gemäß sind. Die Möglichkeit, daß der Subsidiaritätsgrundsatz als elastische Formel, als Regulativ gleitender Zuständigkeiten dauernd die staatliche Ordnung bestimmt und auch noch das verfaßte Gemeinwesen beherrscht (*elastische Subsidiarität*), ist nur dann gegeben, wenn kein Lebensbereich a priori der staatlichen Verantwortung entzogen und die potentielle Allzuständigkeit des Staates wiederhergestellt ist, wenn ferner erkannt wird, daß die aktuellen Zuständigkeiten von den räumlichen

²⁴ In Deutschland wirkt der wesenhaft unpolitische Rechtsstaatsbegriff, wie er von *Kant*, *Humboldt* und *Fichte* philosophisch begründet worden ist, bis heute weiter; der antipolitische Rechtsstaatsbegriff *Carl Schmitts* gibt davon Zeugnis. In Frankreich dagegen hat auch die liberale Staatslehre den Zusammenhang zwischen der Kompetenzbeschränkung und der politischen Form der Staatlichkeit nicht aus dem Auge verloren. So räumte *Benjamin Constant* zwar der persönlichen — „modernen“ — Freiheit den Vorrang ein vor der politischen, der von *Rousseau* erneuerten „Freiheit der Alten“, und stellte damit den gesetzlichen Schutz des Einzelnen in seinen privaten Genüssen höher als die Teilung der gesellschaftlichen Macht unter alle Bürger eines Vaterlandes. Aber er hielt die politische Freiheit für unentbehrlich zum Schutz der persönlichen Unabhängigkeit. (Vgl. *Constant*, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, in: *Cours de politique constitutionnelle*, Bd. 4, Tl. 7, Paris-Rouen 1820, S. 238/274.)

²⁵ Zur Geschichte des Policey-Gedankens: *Wolzendorf*, K., *Der Polizeigedanke des modernen Staats*, Breslau 1918, S. 9/86; *Angermann*, E., *Robert von Mohl*, Neuwied 1962, S. 97/119; *Hans Maier*, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, Tübingen 1966, S. 24/26; ders., *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, Neuwied 1966; *Badura*, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, S. 31/37.

und geschichtlichen Umständen abhängen, dem Staat also im Wandel der Verhältnisse Aufgaben zuwachsen und entzogen werden können²⁶. Zwei Momente müssen daher zusammentreffen, damit ein „liberales“ Subsidiaritätsprinzip als generelle Kompetenznorm für den Staat Gestalt annehmen kann: die individualistische Legitimation und die virtuelle Allzuständigkeit des Staates.

Beide Voraussetzungen erfüllten sich im Werke Robert von Mohls. Den Übergang zu seiner Lehre bildeten die Auffassungen Jordans und Eötvös'.

b) Pragmatische Staatslehren des Laissez-faire-Liberalismus — Jordan, Eötvös

aa) Beide Denker standen auf dem Boden des Rechtsbewahrstaates, dessen Funktionen im wesentlichen auf die des Nachtwächters und des Soldaten zurückgeführt wurden. Die idealistische Spekulation war nunmehr dem nüchternen Wirklichkeitssinn gewichen. Nicht die Konsequenz der Vernunft, sondern die Notwendigkeit, die in der Erfahrung gründete, gab dem Denken die Richtung, seit die Romantik das Gespür für die Geschichtlichkeit geweckt und der aufsteigende Positivismus das Augenmerk auf die konkreten Phänomene gelenkt hatte. Das hochgespannte, idealistische Ethos war von pragmatischen Zielsetzungen abgelöst worden. An die Stelle Kants war Adam Smith getreten.

bb) *Silvester Jordan*²⁷ verzichtet noch nicht darauf, den Staat auf bestimmte Zwecke festzulegen. Diese Zwecke erschöpfen sich aber nicht mehr darin, die Herrschaft des Rechtsgesetzes zu begründen. Die Aufgabe der Rechtswahrung fällt dem Staat unmittelbar zu, mittelbar hat er jedoch auch die allgemeine Wohlfahrt sowie die geistige und sittlich-religiöse Bildung des Volkes zu fördern²⁸.

Der Umfang der Staatstätigkeit liegt nicht unverrückbar fest, sondern richtet sich nach den „individuellen Bedürfnissen des Volkes und wird daher bald enger, bald weiter sein, je nachdem ein Volk mehr oder weniger gebildet und selbstkräftig ist“. Die Grundlage dieses Wandels sieht Jordan in dem „Hauptgrundsatz“, der „nach dem Rechte wie nach der Politik“ gelte, „daß die Staatsgewalt nur insoweit *subsidiär oder ergänzend* tätig werden soll, insoweit es die gänzliche oder teilweise Un-

²⁶ Das elastische Subsidiaritätsprinzip kann sich also nur mit relativen (limitierenden) Staatszwecktheorien verbinden, nicht mit absoluten, die lediglich die starre Subsidiarität ermöglichen. Zu den Kategorien der absoluten und relativen Zwecktheorien: *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 242/265.

²⁷ *Jordan*, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Kassel 1831.

²⁸ Zur Staatszwecklehre: Lehrbuch §§ 33/37 (S. 39/45). §§ 48/50 (S. 54/57).

tätigkeit des Volkes notwendig macht, und selbst in diesem Falle durch ihre Tätigkeit zunächst nur die Triebfedern, welche die Selbsttätigkeit des Volkes zu bewirken geeignet sind, in Bewegung zu setzen, und erst dann, wenn dieses mißlingt, selbst das Nötige oder Zweckmäßige zu realisieren habe“²⁹. Damit ist auf dem Boden des liberalen Staatsverständnisses eine Formel für die Subsidiarität des Staates gefunden: Der Staat wird in die Rolle des *Lückenbüßers* und des Ausfallbürgen für das Versagen der Einzelnen gedrängt, ihm stehen nur die Tätigkeitsgebiete offen, die den Bürgern gleichgültig sind. Die Subsidiarität erscheint hier als ein Ausfluß des *Laissez-faire-Prinzips*.

cc) Dieser Bezug wird noch deutlicher in der Staatslehre *Joseph Eötvös*³⁰: Motor allen Geschehens ist das Streben der Menschen nach individuellem Glück: das Glück des Einzelnen harmoniert notwendig mit dem Glück der ganzen Gesellschaft³¹. Der Staat erscheint in dieser eudämonistischen Betrachtung einzig als das Mittel, durch das das Individuum seine persönlichen Zwecke zu erreichen versucht. Eine weitere Prämisse ist die Feststellung, daß jedermann in vernunftgeleiteter Ichbezogenheit zuerst die näherliegenden Mittel zu erschöpfen versuche, ehe er sich entfernteren zuwende.

Für die Staatszwecke folgt daraus, nur das könne als allgemein anerkannter Zweck des Staates betrachtet werden, „was nach der Ansicht aller durch die Kraft der Einzelnen oder die Tätigkeit kleinerer Gesellschaften nicht erreicht werden kann“³². Dieser Staatszweck liegt ausschließlich in der Aufgabe, für den Einzelnen Sicherheit zu verbürgen — und zwar in höherem Maße für die Güter als für die Person des Einzelnen³³. Die Sorge des Staates erstreckt sich auf die geistigen, moralischen und materiellen Güter seiner Angehörigen, jedoch geht die Sorge nicht darauf, die Güter zu verschaffen, sondern nur ihren Besitz zu sichern.

Eötvös will die Staatsaufgabe nicht für alle Zeiten und für alle Völker abstrakt festlegen, sondern klärt zunächst, welche Güter in einem bestimmten Staat dem Einzelnen Sicherheit gewährleisten soll. Da der „herrschende Begriff“ seiner Gesellschaft die individuelle Freiheit ist, lautet die *Conclusio* für seine Gegenwart, der Staat müsse die individuelle Freiheit sicherstellen, ohne die der Erwerb jener Güter unmöglich sei, von denen das Glück des Einzelnen abhängt³⁴.

²⁹ Lehrbuch § 50 (S. 56); Hervorhebungen nicht im Originaltext.

³⁰ Eötvös, Der Einfluß der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat, 2 Bde., Leipzig 1854 (Die Staatszwecklehre: 2. Bd., S. 57/116). — Vgl. dazu *Bluntschli*, Geschichte, S. 677/684.

³¹ Vgl. Bd. 2, S. 77.

³² Bd. 2, S. 95.

³³ Bd. 2, S. 95/104 (bes. S. 99).

³⁴ Vgl. Bd. 2, S. 99/100, 113 und *passim*.

Obwohl die Staatszwecklehre sich kaum aus dem Bann der frühidealistischen Theorie löst, lockert sie doch den Dualismus zwischen Staat und Individuum und würdigt das Recht der *intermediären Verbände*³⁵: Je fester ein Staatswesen organisiert sei, um so eher könne es diesen Entfaltungsmöglichkeiten belassen. Der Staat solle seine Zentralisation zugunsten der Gemeinden einschränken und nur die Aufgaben durchführen, die den Staat unmittelbar betreffen oder nur durch ihn durchgeführt werden könnten. Die Gemeinden bildeten so einen Damm zwischen den Einzelnen und dem Staate: Sie verhinderten, daß die Individualfreiheit von der Staatsgewalt erdrückt werde; umgekehrt liege in der Selbstverwaltung auch ein Schutz des Staates vor revolutionären Erhebungen. Kennzeichnenderweise werden von Eötvös auch „politische Clubs“ von der Vereinigungsfreiheit ausgenommen — als Gegenleistung für den gesellschaftspolitischen Verzicht des Staates ist eben der staatspolitische Verzicht des Bürgers zu erbringen.

dd) Zwar richtete sich die Staatslehre noch am Bild individueller Freiheit aus — aber hier leuchtete nicht mehr das abstrakt-allgemeine Ideal der weltbürgerlich gestimmten Persönlichkeit wie im Zeitalter Kants, hier ging es im Grunde um die Wahrung des wirtschaftlichen und politischen Besitzstandes. Der Besitzbürger hatte den Bildungsbürger abgelöst. Der liberale Gedanke wurde nicht mehr von rationalistischer Spekulation beflügelt, sondern machte die Praktikabilität zu seinem Maßstab und tat milde den Gedanken einer Umverteilung der Lebensgüter durch den Staat als utopisch ab, da der Dienst an der Gesamtheit den Egoismus des Einzelnen nicht hinreichend befriedige³⁶. Jetzt waren nämlich die (kaum verbrämten) ökonomischen Interessen des Einzelnen an die Stelle des kategorischen Pflichtenimperativs getreten. Es ging um den Anspruch, seine Lebensgüter in Ruhe genießen zu können; und da das nur im Schutz der staatlichen Ordnung möglich war, ging es auch um deren Bestand. Der liberale Gedanke hatte so seine revolutionisierende Kraft eingebüßt und erwies sich als Werkzeug im Dienst des wirtschaftlichen Hochkapitalismus und der politischen Reaktion.

Dem (elastischen) Subsidiaritätsprinzip aber war der pragmatische Liberalismus in zwei Punkten näher gekommen: in der geschichtlichen Relativierung der konkreten Staatsaufgaben und in der Anreicherung des Laissez-faire-Prinzips um den Gedanken dezentralistischer Gewaltenteilung.

³⁵ Vgl. Bd. 2, S. 328/360 (vor allem S. 331, 333/336, 345/358. Zur Geistesgeschichte der intermediären Verbände im (vormärzlichen) Liberalismus: Müller, F., *Korporation*, S. 220/281 (einschlußweise zur liberalen Subsidiarität: S. 226).

³⁶ Vgl. Eötvös (FN 30), Bd. 2, S. 110/111.

2. Der virtuell allzuständige Staat

a) Die Synthese des Rechts- und des „Polizei“-Staates in der Lehre Robert von Mohls

Die vormärzliche Zeit wurde beherrscht von dem Gegensatz zwischen der geschichtlich vorhandenen, aber brüchigen Realität des Polizeistaates und der wirkmächtigen, aber lebensfremden Idealität des Rechtsstaates. Es gelang *Robert von Mohl*³⁷, in seinem Lebenswerke die feindlichen Bestrebungen zu versöhnen und zu kunstvoller Synthese zu verschmelzen. Da der absolutistische wie der liberalistische Staat auf dem Boden des Rationalismus entwickelt worden waren, bestand eine gemeinsame Grundlage, auf der die Synthese vollzogen werden konnte. Mohl überwand die Einseitigkeiten des Rationalismus durch pragmatischen Wirklichkeitssinn, durch Aufgeschlossenheit für die Fülle der individuellen Erscheinungen und Notwendigkeiten, obwohl seine Leidenschaft zum Systematisieren ihn gelegentlich zu L'art-pour-l'art-Konstruktionen verführte. Die souveräne Fähigkeit zur Zusammenschau vereinigte sich mit emsiger, umfassender Stoffkompilation. Politische Liberalität und Verwaltungsraison, bürgerliches Selbstbewußtsein und württembergische Beamtenmentalität kennzeichneten in gleicher Weise den „bedeutendsten wissenschaftlichen Vertreter des neueren deutschen Liberalismus“³⁸. Als ein später Enzyklopädist der Staatswissenschaften schuf er ein umfassendes System, das von einer philosophisch fundierten Allgemeinen Staatslehre bis zu den praktischen Disziplinen des Verwaltungsrechts und der Verwaltungslehre reichte.

aa) Das Richtmaß des Systems bildet auch bei Mohl das *Persönlichkeitsideal* der kantianischen Ethik. Die Ausbildung der individuellen Persönlichkeit und ihrer Fähigkeiten erscheint als der eigentliche irdische Daseinszweck. Dabei liegt der höchste Wert nicht in dem Werk, das der Mensch hervorbringt, sondern in der schöpferischen Fähigkeit, die ihn dazu befähigt. Der Staat dient dazu, die vom Volke als Lebenszweck des Einzelnen und der Gesamtheit anerkannte Entwicklung aller natürlichen Kräfte zu schützen und zu fördern. Die Förderung der Lebenszwecke

³⁷ Hauptwerke Mohls: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Tübingen, 1. Aufl. 1829/31, 2. Aufl. 1840; Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen, 1. Aufl. 1832/33, 2. Aufl. 1844/45, 3. Aufl. 1866 (zitiert 3. Aufl.); Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Erlangen 1855/58; Enzyklopädie der Staatswissenschaften, Tübingen, 1. Aufl. 1859, 2. Aufl. 1872 (zitiert 2. Aufl.).

Zur Lehre Mohls: Angermann, E., Robert von Mohl, Neuwied 1962; Bluntschli, Geschichte, S. 672/677; Böckenförde, Gesetz, S. 172/188; Maier, Hans, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Neuwied 1966, S. 262/278; Schnabel, F., Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, 2. Bd., 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1949, S. 178/179.

³⁸ Zitat: Georg Jellinek (Allgemeine Staatslehre, S. 296) über Mohl.

eines Volkes ist die wesensmäßige Aufgabe des Staates schlechthin. Dagegen liegt die Besonderheit des neuzeitlichen *Rechtsstaates*³⁹ darin, daß Zweck und Nutzen des Staates in der unmittelbaren Befriedigung des Einzelnen und der besonderen gesellschaftlichen Kreise gesucht werden und nicht erst in einem gedeihlichen Gesamtleben, wie es die kollektivistischen Gemeinwesen der alten Völker zum Ziel erhoben hatten⁴⁰.

Da die Lebenszwecke, zu deren Verwirklichung der Staat berufen ist, unendlich mannigfaltig sind, müssen es auch die des Staates sein⁴¹. Es ist daher ausgeschlossen, den Staat a priori auf die Wahrnehmung bestimmter Zwecke festzulegen und ihm a priori die Durchführung bestimmter Aufgaben zu versagen. Damit befreit Mohl den Rechtsstaat aus seiner ausschließlichen Verklammerung mit dem Rechtsprinzip und stellt die *Allzuständigkeit* der öffentlichen Gewalt wieder her. Die Sicherheit wie die Wohlfahrt erscheinen nunmehr als legitime Staatszwecke. Damit ist die Restauration des Polizeistaates möglich geworden, allerdings nicht auf absolutistischen, sondern auf liberalistischen Prämissen. Mohl verbannt den verketzerten Polizeibegriff nicht mehr aus dem Kreis legitimer Staatlichkeit, sondern tauft ihn mit liberalem Wasser. Er löst ihn aus seinem traditionellen absolutistischen Bezugssystem und ordnet ihn auf das individualistische Telos hin⁴².

Der Staat hat die Hindernisse zu beseitigen, die der Lebensentfaltung des Menschen im Wege stehen — allerdings nur, soweit der Einzelne oder engere Lebensgemeinschaften diese Aufgabe nicht selbst bewältigen können. In zwei Richtungen muß der Staat dabei tätig werden: Einmal hat er dafür zu sorgen, daß die Menschen „in der Verfolgung vernünftiger und erlaubter Ausbildung und Anwendung ihrer Kräfte nicht durch ungerechten Willen anderer gewaltsam gestört werden. Zweitens muß er durch die Anwendung der ihm anvertrauten Gesamtgewalt die Unzureichendheit der einzelnen Kräfte zur Erreichung vernünftiger Lebenszwecke ergänzen und dadurch diese Zwecke fördern. Er hat Schutz und Unterstützung zu gewähren“⁴³. Der Staat wird hier durch seine *notwendige Ergänzungsfunktion* in seiner Existenz legitimiert. Die Grundlage des Staates liegt damit in seiner Subsidiarität. Die Subsidiarität ist für

³⁹ Vgl. Enzyklopädie, S. 39, 81/82, 106/108, 324/333. Die Polizei-Wissenschaft I, S. 4/5, 14/19. — Unzutreffend ist die Auffassung, Mohl habe den Begriff des Rechtsstaates geprägt (vgl. Angermann, FN 37, S. 116), wohl aber hat er ihm Resonanz verschafft.

⁴⁰ Die Polizei-Wissenschaft I, S. 14; vgl. auch Enzyklopädie, S. 3/5, 38/40.

⁴¹ Vgl. Polizei-Wissenschaft I, S. 4: „Es gibt ebenso viele verschiedene Staaten und Staatszwecke, als es verschiedene Lebensaufgaben eines Volkes gibt.“

⁴² Vgl. Enzyklopädie, S. 81/82, 106, 325/326; Polizei-Wissenschaft I, S. 5 Anm. 1: die Auseinandersetzung mit der kantianischen Naturrechtsschule: „Wer möchte und könnte in einem Staat leben, der nur Justiz übte, allein gar keine polizeiliche Hilfe eintreten ließe?“

⁴³ Zitate: Polizei-Wissenschaft I, S. 5.

Mohl ein Wesensmerkmal des Staates, und zwar des Staates schlechthin, nicht nur des neuzeitlichen „Rechtsstaates“⁴⁴. Die staatliche Allzuständigkeit gründet also nicht auf totalitären Prämissen, sondern ist eine notwendige Resultante der menschlichen Freiheit. Daß die Allzuständigkeit nicht zu einer Bedrohung der Freiheit auswachsen kann, dafür sorgt der *Funktionsvorbehalt der Subsidiarität*. Die *Verbindung der virtuellen Allzuständigkeit und der Subsidiarität* kennzeichnet seit Mohl den liberalen Staatsbegriff, soweit er sich aus dem Bann des kantianischen Modelldenkens befreit⁴⁵. Die Allzuständigkeit stellt Mohls Antithese zum kantianischen Naturrechtsdenken dar — seine Antithese zum vielregierenden, bevormundenden Polizeistaat des Absolutismus ist das Subsidiaritätsprinzip.

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt in Mohls Staatslehre auf drei Stufen:

1. bei der Rechtfertigung der staatlichen Existenz,
2. bei der Zuweisung der staatlichen Kompetenz,
3. bei der Regulierung der staatlichen Kompetenzausübung.

Die beiden ersten Stufen kennzeichnen den apriorischen Vorgang der Verfassungsschöpfung — gewissermaßen die Überwindung des *status naturalis* —, die dritte das Leben auf der Grundlage der Verfassung, den *status civilis*. Während im modellreinen Rechtsbewahrstaat das Subsidiaritätsprinzip auf der zweiten Stufe stehen bleibt, erreicht es in Mohls Theorie auf der dritten erst seine volle Wirkkraft. Das vulkanische Moment der Verfassunggebung versteinert nicht, sondern bleibt dauernd wirksam. Damit behält das Staatswesen seine ursprunghafte *Elastizität*. Der hypothetische Charakter des Subsidiaritätsprinzips wird nicht durch institutionelle Festlegung aufgehoben.

bb) Mohls Staatsbegriff setzt sich von dem des Frühliberalismus auch dadurch ab, daß er die öffentliche Gewalt nicht mehr ausschließlich den *atomisierten* Individuen gegenüberstellt. Er gelangt von seinem individualistischen Ansatz her zu einer *Stufenordnung der Lebenskreise*: der Sphäre des Individuums, der Familie, des Stammes, der Gemeinde, der

⁴⁴ Vgl. die Definition des Staates in Enzyklopädie, S. 71: „... ein dauernder einheitlicher Organismus derjenigen Einrichtungen, welche, geleitet durch einen Gesamtwillen sowie aufrechterhalten und durchgeführt durch eine Gesamtkraft, die Aufgabe haben, die jeweiligen erlaubten Lebenszwecke eines bestimmten und räumlich abgeschlossenen Volkes, und zwar vom einzelnen bis zur Gesellschaft, zu fördern, soweit von den Betreffenden dieselben nicht mit eigenen Kräften befriedigt werden können und sie Gegenstand eines gemeinsamen Bedürfnisses sind.“

⁴⁵ So gibt Georg Jellinek (Allgemeine Staatslehre, S. 249, FN 3) zustimmend die Definition Mohls (FN 44) wieder. Nawiasky (Allgemeine Staatslehre, 1. Bd., S. 35 und passim) bestimmt als Wesensmerkmal des Staates die „Erfüllung umfassender weltlicher Gemeinschaftsaufgaben, die über diejenigen hinausgehen, welche von den in seinem Bereich bestehenden Verbänden betreut werden“.

Gesellschaft, des Staates und schließlich der völkerrechtlichen Staatenverbindung⁴⁶. Jeder Mensch steht in diesen verschiedenen Bereichen — als Bürger durch seine Geburt oder durch freie Wahl. Am Anfang steht das selbstzweckhafte Individuum, das seinen erlaubten egoistischen Zielen nachgeht. „Durch die Verfolgung dieser verschiedenen Zwecke und durch die Beibringung der Mittel zu ihrer Erreichung zieht jeder einzelne Mensch einen Lebenskreis um sich, dessen Mittelpunkt er selbst, dessen Umkreis aber die ganze übrige Welt ist⁴⁷.“ Der Einzelmensch hat das Recht und die Pflicht, für seine Zwecke seine eigenen Kräfte einzusetzen. Wenn ein gemeinschaftliches Interesse einzeln nicht erreicht werden kann, muß eine gesellschaftliche Vereinigung gebildet werden — als eine durch „Notwendigkeit gebotene Ergänzung“⁴⁸. Da aber auch die gesellschaftlichen Kreise unzulänglich sind und das Bedürfnis nach einer mächtigeren Verbindung besteht, die für Ordnung und Recht unter den Lebenskreisen sorgt, drängt dasselbe Prinzip der durch „Notwendigkeit gebotenen Ergänzung“ zum Staat hin, der machtvoll und einheitsstiftend das Gefüge aller sozialen Organismen zusammenfaßt.

Der atomistische Liberalismus hat sich in einen *föderalistischen Liberalismus* verwandelt. Frei von scholastischen Begriffsnebeln, zeigt sich in nüchtern klarem Licht die vielstufige Sozialkonstruktion des liberalen Denkers. Obwohl die Gemeinschaften weiterhin Instrumente im Dienst der Individuen bleiben, verlieren sie ihren rein mechanistischen Charakter und nehmen organische Züge an⁴⁹. Die Gemeinschaften in ihrer Vielzahl sind auf unterschiedlicher Abstraktionshöhe kollektive Ausdrucksformen der Individualpersönlichkeit. Der Zusammenhang mit der Überlieferung des gesellschaftspluralistischen Denkens, den der Rationalismus in seiner absolutistischen wie liberalistischen Spielart unterbrochen hatte, ist damit wieder hergestellt, und zwar unabhängig von Hegel, für den Mohl kein Verständnis aufbringt, dessen „bürgerlicher Gesellschaft“ er das wirkliche Leben abspricht, weil sie nur Gedanke eines logischen Prozesses sei⁵⁰.

Allerdings bleiben wesentliche Züge des liberalen Sozialbildes erhalten: Die Verbände verwirklichen kein apriorisches immanentes Lebensgesetz. Ihr einziges, gemeinsames Telos liegt außerhalb ihrer selbst in der Individualfreiheit. Sie bewirken auch nicht die Mediatisierung des Einzelnen gegenüber dem Staat. Diese Staatsunmittelbarkeit zeigt, daß der liberale Dualismus ausgefächert und verfeinert, aber nicht aufgehoben ist. Die Staatsgewalt behauptet ihre souveräne Sonderstellung, obwohl sie durch einen Ordnungsgedanken legitimiert ist, der für alle gesellschaftlichen Vereinigungen analog gelten soll.

⁴⁶ Vgl. Enzyklopädie, S. 3/47, 325. Zu Mohls Gesellschaftslehre systematisch: Angermann (FN 37), S. 327/448.

⁴⁷ Enzyklopädie, S. 9.

⁴⁸ FN 47, S. 325. — Eine Parallele zur Subsidiarität der staatlichen Außenbeziehungen ist bei Mohl die innerstaatliche Dezentralisation, die er, allerdings zurückhaltend, empfiehlt (Polizei-Wissenschaft I, S. 18/19).

⁴⁹ Vgl. etwa Polizei-Wissenschaft I, S. 21; Enzyklopädie, S. 39, 45, 71.

⁵⁰ Vgl. die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft I, S. 82. Dazu Angermann (FN 37), S. 332/333.

cc) Der Dualismus des Rechts- und des Glückseligkeitsprinzips lebt in Mohls Unterscheidung von *Justiz* und *Polizei* weiter⁵¹. Der „Justiz“ obliegt der Schutz gegen Rechtsverletzungen, und zwar auch der vorbeugende; damit fällt die sicherheitsrechtliche Aufgabe, die seit Pütter die heutige „Polizei“ kennzeichnet, der „Präventiv-Justiz“ zu. Dagegen bedeutet bei Mohl „Polizei“ wieder im alten Sinne „die Gesamtheit derjenigen staatlichen Anstalten und Handlungen, welche bezwecken, durch Verwendung von Staatsgewalt die äußeren, nicht in Rechtsverletzungen bestehenden, Hindernisse zu entfernen, welche der allseitigen vernünftigen Entwicklung der Menschenkräfte im Wege stehen und welche der Einzelne oder ein erlaubter Verein von Einzelnen nicht wegzuräumen imstande ist“⁵².

Anders als die „Justiz“⁵³ enthält die „Polizei“ bereits im Begriff das Merkmal der Subsidiarität. In der „*Polizei-Wissenschaft* nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“⁵⁴ wird auch der Subsidiaritätsgedanke am reichsten entfaltet⁵⁵.

⁵¹ Vgl. *Polizei-Wissenschaft* I, S. 3/19, 63/72. Zu der problematischen Unterscheidung, mit der Mohl bereits zum Sprachgebrauch der eigenen Zeit in Gegensatz trat und die die Wirkung der „*Polizei-Wissenschaft*“ beeinträchtigte: die historischen Arbeiten von *Angermann* (FN 37, S. 130/137) und *Hans Maier* (FN 37, S. 262/364 und passim).

⁵² *Polizei-Wissenschaft* I, S. 6/7.

⁵³ Mohl läßt in seiner *Polizeiwissenschaft* (I, S. 21, Anm. 2) die Frage offen, wieweit der Vorrang der Privatinitiative auch auf dem Gebiet der Justiz gelte. Er äußert aber Zweifel an der „ausnahmslos“ im Staatsrecht geltenden These, daß die Rechtspflege ausschließliche Staatsaufgabe sei. Er fragt, ob nicht vor allem im Bereich gesellschaftlicher Gerichtsbarkeit „die richtige Lehre von den kleineren Organismen des Volkslebens nicht auch für die Staatsrechtspflege von Bedeutung sei, wie dies offenbar hinsichtlich der polizeilichen Hilfstätigkeit der Fall“ sei.

⁵⁴ Die „*Polizei-Wissenschaft*“ wird bei Mohl zwar bewußt dem Polizeirecht an die Seite gestellt, aber sie ist in hohem Maße eine juristische Disziplin. Obwohl sie nach heutiger Qualifikation in erster Linie eine Verwaltungslehre bietet, schafft sie zugleich die Grundlage eines teleologisch ausgerichteten Verwaltungsrechts und deckt sich weithin mit deren Inhalt.

⁵⁵ Der Subsidiaritätsgedanke war der *Polizeiwissenschaft* bereits vor Mohl vertraut. Nach *Ludwig Heinrich Jakob* (Grundsätze der Polizeygesetzgebung und der Policeyanstalten, I. Bd., Charkow - Halle - Leipzig 1809, S. 18) sollte die Hervorbringung, Erhaltung und Vervollkommnung des rechtlichen Zustands der höchste und oberste Zweck eines jeden Staates sein. Daneben aber trägen noch andere Staatszwecke, zu deren Realisation der Staat sehr viel beitragen könne, was durch isolierte Privatkräfte nie oder nie so gut bewirkt werde. Weitere Nachw. Mohl, *Polizei-Wissenschaft* I, S. 27, Anm. 7.

Die Antithese zur liberalen Subsidiarität verfocht *Gustav Zimmermann* (Die deutsche Polizei im 19. Jahrhundert, 1. Bd., Hannover 1845, S. 322/323): Wenn nach Mohl der Staat willig dem Einzelnen überlassen solle, was er nicht zur öffentlichen Ordnung rechne, werde verkannt, daß die öffentliche Ordnung bei der Ordnungstätigkeit die Regel, Privattätigkeit die Ausnahme bilde. Der Selbsthilfegedanke Mohls stelle eine „sehr üble“ Anwendung eines national-ökonomischen Prinzips auf die Polizei dar.

Der liberale Subsidiaritätsgedanke wirkte in der Verwaltungslehre *Lorenz von Steins* weiter: Die Aufgabe der Gemeinschaft beginne, wo der Einzelne mit

Der „oberste Grundsatz der polizeilichen Tätigkeit des Staates“ enthält zwei Elemente:

1. die Begrenzung auf das Notwendige,
2. die Leistung des wirklich Erforderlichen⁵⁶.

In der Terminologie der neuscholastischen Naturrechtslehre deckt sich die negative Förderung mit der Subsidiarität, während die positive die Solidarität ausdrückt. Mit der „Notwendigkeit“ oder „Erforderlichkeit“ des heutigen Übermaßverbotes decken sie sich nicht.

α) Die Forderung, daß der Staat da nicht handeln dürfe, wo die Bürger eine Aufgabe selbst bewältigen könnten, wird damit begründet, daß überflüssige Verwaltungstätigkeit die freie Ausübung der Kräfte des Einzelnen und der privaten Verbände störe, daß sie die öffentlichen Mittel den notwendigen Verwaltungstätigkeiten entziehe, die Bürger von eigenem Unternehmungsgeist und eigenen Anstrengungen zum Schaden des Staates entwöhne und daß eine wirtschaftliche Ausführung und sichere Fertigstellung in privater Hand eher gewährleistet sei als in öffentlicher⁵⁷.

β) Die *positive Komplementärthese* zur Subsidiarität fordert, die Polizei habe „immer dann helfend einzuschreiten, wenn die Hindernisse, welche der Ausführung einer vernunftgemäßen, rechtlich erlaubten und allgemein nützlichen Unternehmung im Wege stehen, von den Einzelnen oder den beteiligten natürlichen Genossenschaften gar nicht, nicht auf genügende Weise oder nicht ohne Verletzung des Rechts oder des Gemeinwohles weggeräumt werden können, und wenn die nötigen, durch keine noch dringenderen Bedürfnisse in Anspruch genommenen Mittel zur Verfügung stehen“⁵⁸. Der Staat erscheint hier als ein Fonds, in den die Bürger Einlagen geleistet haben, die sie für den Notfall abrufen können.

seiner Selbsttätigkeit sich nicht mehr helfen könne. Deshalb laute das „Prinzip der Verwaltung“: „Der Staat soll durch seine Verwaltung niemals und unter keinen Umständen etwas anderes leisten als die Herstellung der Bedingungen der persönlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung, welche der Einzelne sich nicht selber zu schaffen vermag, und es dann dem Einzelnen und seiner freien selbständigen Tat überlassen, aus der Benutzung dieser Bedingungen sein eigenes Leben zu bilden und zu entwickeln“ (Die Verwaltungslehre, Teil II/1, Stuttgart 1866, Nachdr. Aalen 1962, S. 59).

⁵⁶ Dazu Polizei-Wissenschaft I, S. 19/37.

⁵⁷ Die Gründe im Vorteil des Einzelnen, im Vorteil des Staates und im Nutzen der Sache selbst s. FN 56, S. 20/27.

⁵⁸ FN 56, S. 28. Die Explikation folgt auf S. 28/37. Die Kritik *Angermanns* (FN 37, S. 130, 138) und *Hans Maiers* (FN 37, S. 236), Mohl sei nicht folgerichtig vorgegangen, weil er die positive Staatsaufgabe mehr als doppelte Negation („Beseitigung von Hindernissen“) denn positiv („Schützen“, „Fördern“) gesehen und damit bei aller Ablehnung der kantianischen Naturrechtsschule seine Abhängigkeit vom Rechtsprinzip erwiesen habe, ist unbegründet. Positive Umschreibungen wie doppelte Negation sind synonym (vgl. Polizei-Wissenschaft, I, S. 5/7, 28 oder Enzyklopädie, S. 325/326). Die doppelte Negation ist

Staatliches Handeln ist dann vernünftig, wenn die aufgewendeten Mittel zu dem Ergebnis (dem öffentlichen Nutzen) in einem angemessenen Verhältnis stehen. Überdies hat die Regierung, welche die Gesamtheit der Bedürfnisse übersieht und die Verfügung über die Mittel und die Verantwortung für ihren richtigen Gebrauch hat, die Zwecke abzuwägen und den Vorrang der wichtigeren und dringenderen zu wahren. Der wichtigste Zweck ist die Wahrung von Gesundheit und Leben der Bürger. Die Förderung geistiger Zwecke muß der Hilfe für wirtschaftliche Tätigkeiten vorgehen. Schlechthin ist aber der Vorrang des Gemeinwohls vor dem privaten Nutzen zu wahren. Nicht einmal die wahrscheinliche Gefährdung des Gemeinwohls darf geduldet werden. Fehlt ein wirksames Schutzmittel, muß die private Veranstaltung unterbleiben; ist es vorhanden, muß der Private die Beschränkung hinnehmen. Von dieser Voraussetzung aus gelangt Mohl zu einer avant-gardistischen Lösung des *Monopolproblems*, in der er die unkritischen Denkschemata der Schule Adam Smith's überwindet und — allerdings auf völlig undoktrinäre Weise — ein neoliberales Postulat vorwegnimmt: Da sich nicht selten ein Widerstreit zwischen Gemeinwohl und Privattätigkeit ergebe, wenn der erste Unternehmer ein tatsächliches Monopol erhalte (wie etwa bei einer Eisenbahn oder einem Kanal), könne der Staat die ganze Aufgabe in eigene Regie übernehmen oder müsse wenigstens das Recht haben, Schutzbestimmungen zu erlassen und Mißbrauch abzuwehren⁵⁹. Die staatliche Hilfe darf nur bei *allgemeinen* Bedürfnissen gegeben werden, da die allgemeine Staatskraft nur zum allgemein Nützlichen verwendet werden darf und da auch das Maß staatlicher Mittel nicht für die Forderungen Einzelner ausreicht. Ein Grund zum polizeilichen Tätigwerden ist dann gegeben, wenn eine Mangellage im privaten Bereich vorliegt. Diese kann bestehen:

- in einem Mangel im Vermögen. Der Staat hat zu überlegen, mit welchem geringsten Aufwand der Unfähigkeit des Einzelnen abgeholfen werden kann. Wenn eine Subvention durch den Staat ausreicht, ist die Übernahme der Tätigkeit selbst unzulässig⁶⁰,
- im Fehlen der intellektuellen oder technischen Fähigkeiten bei Privaten. Hier kann die Einführung neuer Gewerbe oder die Gründung wissenschaftlicher Lehranstalten gerechtfertigt werden⁶¹,

folgerichtiger Ausdruck des liberalen Subsidiaritätsansatzes. Die krampfhaften Bemühungen der Kantianer, alle Staatsnotwendigkeiten dem Rechtsprinzip aufzupropfen, sind Mohl fremd. Eher gerechtfertigt ist dagegen die Kritik an der etwas gewaltsamen Unterscheidung von „Justiz“ und „Polizei“, die auf einer künstlichen Restriktion des Rechtsbegriffs beruht.

Zum Wohlfahrtzweck in der verwaltungsrechtlichen Doktrin des Liberalismus allgemein: *Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, S. 22/40, bes. S. 26.

⁵⁹ FN 56, S. 35, Anm. 8. — Die Doktrin der liberalistischen Nationalökonomie hat von jeher staatswirtschaftliche Einrichtungen nur als subsidiäre Tätigkeiten zugelassen, wobei die Subsidiarität anfangs manchester-, später sozial-liberal akzentuiert wurde — vgl. die Lehrsysteme von *Adam Smith*, *John Stuart Mill*, *Wilhelm Roscher*, *Karl Knies* und *Adolf Wagner* (Übersicht bei *Keller*, Eigenwirtschaft, S. 164/166, 171).

⁶⁰ Wichtigste Beispiele sind Unternehmen, die hohe Investitionen erfordern, aber erst nach Jahren Gewinn versprechen, wie es etwa bei Verkehrseinrichtungen (Kanäle, Häfen, Eisenbahnen) der Fall ist. Hier kann eine völlige polizeiliche Übernahme am Platz sein (FN 56, S. 32).

⁶¹ *Mohl* (S. 33) sieht hier das Maß der Staatstätigkeit vom Bildungsgrad des Volkes abhängen. Im übrigen deutet er die „in anderen Beziehungen freilich

- im Mangel der körperlichen Kräfte. So kann eine Naturkatastrophe den Einsatz des Militärs fordern⁶²,
- im Mangel an „sittlicher Kraft“, am nötigen Unternehmungsgeist. Da den Privaten oft der Mut zu Pioniertaten fehlt, kann der Staat in Ausnahmefällen mit seinem Beispiel Vertrauen erwecken, wenn Belehrung nicht ausreicht und Unentschlossenheit nicht gefördert wird. Auch hier ist es keineswegs nötig, daß der Staat das Begonnene fortsetzt, wenn die Nachahmung eingetreten ist⁶³.

γ) Die Verwaltung braucht nicht abzuwarten, bis Private nach ihrer Intervention rufen, vielmehr mag es ihr nur „zum Ruhme gereichen, wenn sie mit richtiger Einsicht dem Bewußtsein der Bürger voraneilt“⁶⁴.

Wenn Mohl eine Verpflichtung des Staates zum Handeln statuiert, so erkennt er nur ein *objektives Rechtsprinzip* an. Die Forderungen der Bürger bedeuten nur ein beachtenswertes Anzeichen eines Bedürfnisses; aber ein materielles subjektives Recht, das im Klagewege verfolgbar ist, besteht nicht⁶⁵.

δ) Mohl wendet die Grundsätze des polizeilichen Handelns nicht nur auf die Wahl der Aufgaben, die Übernahme der Tätigkeiten, sondern auch auf die *Durchführung*, vor allem den Einsatz von obrigkeitlichem *Zwang*, an.

Im Rechtsstaat Mohls hat die Regierung das Recht zur Vornahme aller Maßregeln, welche zur Erreichung des Staatszweckes erforderlich sind. Mit dem Zweck sind auch die Mittel gewollt. Der Allzuständigkeit muß die Allmacht des Staates entsprechen. So wie im Rechtsstaat keine Kompetenzen a priori ausgeschlossen werden können, so kann der Staat auch nicht vorweg auf Machtinstrumente verzichten und muß fähig sein, die Schranken, die für Normalfälle entwickelt worden sind, in Notfällen zu durchbrechen⁶⁶.

Der rechtsstaatliche Charakter bleibt dadurch gewahrt, daß die Staatstätigkeit auf das Subsidiaritätsprinzip festgelegt ist. Aus dem Subsidiaritätsprinzip folgen als Maßstäbe für den Einsatz der Zwangsmittel die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit⁶⁷. Wo eine Handlungsweise auch ohne Zwang stattfände, wäre ein Polizeibefehl überflüssig und für die Bürger beleidigend.

dd) Vom Subsidiaritätsprinzip als dem obersten Grundsatz ausgehend, entfaltet so Mohl sein System der Polizeiwissenschaft, welche die verschiedensten Einzelgebiete von der Bevölkerungspolitik, der Fürsorge, dem Gesundheits- und Bildungswesen bis zum Gewerberecht umfaßt.

„... beklagenswerte, schlechte Bezahlung der meisten öffentlichen Beamten“ in diesem Zusammenhang als Vorteil dafür, daß die Privatwirtschaft ihren Vorrang wahren könne (S. 33, Anm. 6).

⁶² S. 33/34.

⁶³ S. 34.

⁶⁴ S. 36.

⁶⁵ Vgl. S. 31/32, 36 (mit Ansätzen dazu, ein formelles subjektives Recht anzuerkennen).

⁶⁶ Vgl. Enzyklopädie, S. 327/328.

⁶⁷ Vgl. Polizei-Wissenschaft I, S. 51/57. Zur Verhältnismäßigkeit: „Je wichtiger und unentbehrlicher der durchzusetzende Zweck ist, desto höher darf der androhte Zwang steigen, unter Umständen selbst bis zum Tode des Widerstehenden“ (S. 55). — Die Bezeichnung der Maßstäbe Mohls folgt dem heutigen Sprachgebrauch, s. u. § 17.

ee) Obwohl der literarische Erfolg des Werkes ungewöhnlich war⁶⁸, scheiterte Mohl in seinem Ehrgeiz, der „Adam Smith von der Polizei“⁶⁹ zu werden. Er scheiterte — an Adam Smith, am Sieg des frühliberalen Autarkiestrebens. Mohl vermochte nicht zu verhindern, daß der Typus des Rechtsbewahrstaates die Gestalt des künftigen öffentlichen Rechtes prägte, daß der *materiale Rechtsstaat*⁷⁰, der auf einem teleologischen System mit inhaltsbestimmten Aufgaben und abstrakten, elastischen Abgrenzungsnormen beruhte, durch den *formalen Rechtsstaat* abgelöst wurde, der ausschließlich den inhaltsleeren Formenkanon, die reine Technizität des Freiheitsschutzes umschloß, und daß damit die Zukunft nicht der Polizeiwissenschaft Mohls, sondern der Verwaltungsrechtswissenschaft Otto Mayers gehörte. Damit wurde auch das elastische Subsidiaritätsprinzip aus dem positiven Verwaltungsrecht verdrängt. Im Formen-Schematismus, der nur auf die *Mittel* zur Verwirklichung des Rechtsprinzips abgestellt war⁷¹, zog die Zweckordnung, die hinter den Mitteln stand, die Aufmerksamkeit des Juristen nicht mehr an, und damit konnte auch das Subsidiaritätsprinzip, das nur teleologisch erfaßt werden kann, keine normative Wirkung mehr zeitigen. Das positivistische System Mayers konnte solange effektiv Rechtssicherheit und Rechtsschutz gewährleisten, wie die ideologischen und soziologischen Voraussetzungen des Rechtsbewahrstaates erhalten blieben und der Staat sich im wesentlichen auf den Sicherheitszweck beschränkte. Seit sich aber der moderne Wohlfahrtsstaat durchgesetzt hat und in neuer Form die „Polizei“-Kompetenz zu legitimem Leben zurückgekehrt ist, versagt der positivistische Formalismus vor der rechtsstaatlichen Aufgabe, durch Beschränkung der Staatsgewalt die Individualfreiheit wirksam zu schützen. Damit hat sich erneut die Notwendigkeit erhoben, in teleologischem Verfahren auf die materialen Gründe des Rechtsstaates zurückzugehen.

⁶⁸ Vgl. Angermann (FN 37), S. 119.

⁶⁹ So Mohl in einem Brief vom 30. 4. 1829 (zit. nach Angermann, FN 37, S. 37).

⁷⁰ Die These Angermanns (FN 37, S. 113, 195/199), Mohl habe den formalen Rechtsstaat ausgebildet und gefördert, ist unhaltbar. Der Umstand, daß Mohl den Rechtsstaat aus seiner Bindung an starre Zwecke befreite und auf bewegliche offene Prinzipien festlegte, erzwang geradezu eine stetige Ausrichtung am Inhalt der Sachbereiche und am materialen Telos des Rechtsstaates. Der formale Rechtsstaat setzte eine unverrückbare Aufgabenzuweisung voraus, die nicht mehr in Frage gestellt wurde. Mohls System schuf keine Grundlage für den Eingriffsschematismus.

⁷¹ Die liberale Teleologie schimmert durch, wenn Mayer die „Grenzen der Polizeigewalt“ bestimmt (Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., S. 212/218). In dem Zusammenhang wird auch der Subsidiaritätsgedanke des Liberalismus erkennbar: Die Kräfte und Leistungsfähigkeiten der Gesellschaft bildeten die Grundlage der Kraft und Leistungsfähigkeit des Staates. „Darum waltet er darüber schützend, helfend, fördernd“ (ebd., S. 213). Zum formalistischen Positivismus des liberalen Verwaltungsrechts grundlegend: Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 5/12, und FN 58, S. 28, 37/38, 51/59.

Der bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts schritt über Robert von Mohl hinweg. Der soziale Rechtsstaat des 20. Jahrhunderts sollte in ihm seinen Klassiker erkennen!

b) Die Staatszwecklehre Georg Jellineks

aa) Als das Subsidiaritätsprinzip in der Gestalt, die es bei Robert von Mohl angenommen hatte, durch den Positivismus auf eine metajuristische Ebene abgeschoben worden war, blieb ihm eine juristische Schattenexistenz in der Allgemeinen Staatslehre erhalten. Das Werk *Georg Jellineks*, das den Einfluß Mohls erkennen läßt, wies dem Subsidiaritätsprinzip in der *Staatszwecklehre* einen Platz zu⁷².

Im Zeitalter des Historismus und Positivismus war jede apriorische Zwecklehre ausgeschlossen. Jellinek entwarf deshalb seine Theorie auf dem Boden einer (nicht-normativen) Soziallehre des Staates. Das Erkenntnismittel bildete nicht mehr die reine Vernunft wie bei Kant oder die erfahrungsgesättigte, pragmatische Ratio wie bei Mohl, sondern die soziologische Empirie. Der Erkenntnisgrund lag im Bewußtseinsinhalt des Volkes und der Zeit⁷³. Es konnten also nur noch *relative* Staatszwecke erschlossen werden. Als Spiegelungen des geschichtlich bedingten Volksgeistes gaben die Staatszwecke Jellineks das Ethos des liberalen Bürgertums im zweiten Kaiserreich wider. Auf dieser Grundlage brauchte Jellinek auch nicht der historistischen Resignation zu verfallen und auf eine Sinngebung der empirischen Erscheinungen zu verzichten, sondern konnte, im bewußten Überstieg von empirischer zu metaphysischer Betrachtung, eine Teleologie der Geschichte erkennen, die in den Vorstellungen seiner Zeit gründete. Diese Geschichtsteleologie war der liberale Evolutionsgedanke: „Fortschreitende Entfaltung und reichere Ausbildung der menschlichen Kräfte . . . ist gemäß unserer modernen, durch die gesamte Wissenschaft bestimmten Weltanschauung der notwendige und darum anzuerkennende Inhalt der Geschichte“⁷⁴. Damit war auch der Staatszwecklehre ein materiales Fundament gelegt.

bb) Als äußerstes Merkmal steckt zunächst der dynamische, sinnvariable Begriff der „*Solidarität*“ den Kreis möglicher Staatsaufgaben ab. Nur was ausschließlich durch gemeinsame, also nach außen wirkende menschliche Tat erreichbar ist („solidarische menschliche Lebensäußerungen“), kann in das

⁷² Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1. Aufl. 1900; zit. 3. Aufl. 1913), S. 230/265. Dazu *Hespe*, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre, S. 60/66, *Badura*, Methoden, S. 205/211.

⁷³ Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 249. An anderer Stelle beruft sich *Jellinek* ausdrücklich auf die „heutigen politischen, ökonomischen und nationalen Anschauungen“ (S. 255).

⁷⁴ *Jellinek* (FN 72), S. 262. Analog formuliert er als „höchstes Prinzip für die gesamte Staatstätigkeit“ die „Förderung der fortschreitenden Entwicklung der Volksgesamtheit und ihrer Glieder“ (S. 263).

staatliche Tätigkeitsgebiet fallen — und auch dies nur, soweit es äußerer planmäßiger Anordnung entspringt. Damit scheidet aus dem Wirkungskreis des Staates alles aus, was allein der menschlichen *Innerlichkeit* angehört⁷⁵. Die Innerlichkeit umfaßt nicht nur die menschlichen Gesinnungen, sondern auch jede in der Form und im Inhalt einzigartige Leistung. Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft, sogar die unmittelbare Erzeugung wirtschaftlicher Güter sind damit überwiegend den Individuen und der nicht-staatlichen Gesellschaft ebenso vorbehalten wie die Beherrschung der physischen Existenz. Dem Staat ist alles schöpferische Tun entzogen — er kann es allenfalls autorisieren; vor allem aber vermag er, die äußeren Bedingungen für ihre Entfaltung zu schaffen. Daß sich Individualität ausbilde, erscheint als eine der höchsten Solidarinteressen, da der Dienst an der Gemeinschaft vom geistigen Niveau und der sozialen Freiheit der Einzelnen abhängt. In dem Maße, in dem die Waagschale der Individualität steigt, sinkt die der Staatlichkeit. Sie erscheint in der Gestalt des unproduktiven, stumpfen Mechanismus im Dienst der Einzelnen. Allerdings hat diese Maschine auch neuartige, selbstzweckhafte Funktionen übernommen, da staatliche Selbstbehauptung und Machtenfaltung anerkannt werden. Die liberale Staatslehre öffnet sich somit im Zeitalter Bismarcks und Treitschkes dem Machtstreben und der Staatsraison des Nationalstaates.

cc) Die Tätigkeiten des Staates gliedern sich in ausschließliche (Machtbehauptung, Schutzgewährung und Rechtsbewahrung) und konkurrierende. *Konkurrierend* handelt der Staat, wenn er „ordnend, unterstützend, fördernd oder abwehrend zu individuellen und sozialen Lebensäußerungen hinzutritt“⁷⁶. Gesundheitswesen, Fürsorge, Wirtschaftsförderung wie Bildungswesen fallen in diesen Bereich. Bei den konkurrierenden Staatstätigkeiten, aber auch nur hier, besteht die Notwendigkeit, eine Grenze zwischen staatlicher und nichtstaatlicher Tätigkeit zu ziehen. Sie ergibt sich aus der Natur der Solidarinteressen und deckt sich mit dem Subsidiaritätsprinzip: „Nur soweit die freie individuelle oder genossenschaftliche Tat unvermögend ist, den vorgesetzten Zweck zu erreichen, kann und muß ihn der Staat übernehmen.“ „Nichtregulierte individuelle und genossenschaftliche Tat soll nur insoweit zurücktreten oder ausgeschlossen werden, sofern der Staat mit seinen Mitteln das betreffende Interesse in besserer Weise zu fördern vermag“⁷⁷.

Der Anspruch des Staates, eine Aufgabe zu übernehmen, ist um so größer, je mehr die zentrale Organisation ein Interesse befriedigen kann. Jellinek beobachtet in seiner Zeit einen Prozeß fortschreitender Zentralisierung ursprünglicher individueller Tätigkeiten. Die Möglichkeit internationaler Zusammenschlüsse zeichnet sich als Endziel der Entwicklung ab. „Vielfach sind es

⁷⁵ S. 250/255, 260 Anm. 1.

⁷⁶ Zitat S. 255; vgl. zum Inhalt der konkurrierenden Staatszwecke: S. 258/263. Das Seitenstück zu dem Begriffspaar „exklusive-konkurrierende Staatszwecke“ ist auf der Ebene der *Mittel* des staatlichen Handelns das Begriffspaar „obrigkeitliche — soziale Tätigkeit“ (vgl. S. 622/624).

⁷⁷ Zitate: S. 259, 263. s. auch u. FN 83. Die Beschränkung des Subsidiaritätsprinzips auf konkurrierende Staatsaufgaben liegt auch der Enzyklika „Quadragesimo anno“ zugrunde, die den Staat für seine ausschließlichen Tätigkeiten freistellen will (n. 80: „ea omnia . . . , quae ad ipsam solam [sc. supremam] rei publicae auctoritatem] spectant, utpote quae sola ipsa praestare possit“).

zunächst Verbände nichtstaatlicher Art, welche die Ergänzung des Individuums vornehmen, so daß der Staat schließlich in Ergänzung sowohl individueller als genossenschaftlicher Tat auftritt. Wie weit die bloß ergänzende Tätigkeit zu gehen und wo die ersetzende zu beginnen habe, kann nur nach der ganzen geschichtlichen und sozialen Lage des Einzelstaates sowie der Natur des betreffenden Verwaltungszweiges beurteilt werden⁷⁸." Ein Spannungsverhältnis zwischen dem geschichtlichen Trend zur Zentralisierung und dem normativ gefaßten Subsidiaritätsprinzip besteht nicht. Der liberale Fortschrittsglaube vermag in der Verstaatlichung auch keine grundsätzliche Gefährdung der menschlichen Freiheit zu erkennen, hatte doch das staatlich geförderte Wachstum der Zivilisation (etwa der Verkehrsmittel und Bildungsmöglichkeiten) die menschlichen Fähigkeiten weiter entwickelt und damit die Freiheit selbst wachsen lassen⁷⁹.

dd) Der Beitrag Jellineks zur liberalen Subsidiaritätslehre ist die Einordnung in die konkurrierenden Staatszwecke. Diese Unterscheidung, die bei Mohl in der Trennung von Justiz und Polizei angedeutet wird, erhält hier klare Umrisse. Damit wird aber auch das Subsidiaritätsprinzip in eine Randzone gedrängt, da die konkurrierenden Staatszwecke selbst nur Randerscheinungen darstellen und nicht das Eigentliche, das Ursprunghafte der Staatlichkeit bezeichnen: Sie sind in hohem Maße Mittel zur Verwirklichung der exklusiven Zwecke; so heben staatliche Gesundheitspflege und staatlicher Arbeiterschutz mit der physischen Existenz des Volkes auch die Macht des Staates⁸⁰. Überdies sind die konkurrierenden Aufgaben nur Ableitungen gesellschaftlicher Zuständigkeiten; Bildungswesen und Fürsorge sind als ursprünglich kirchliche Angelegenheiten dem Staat erst im Lauf der Entwicklung zugewachsen⁸¹.

Dem Sozialstaat der Gegenwart ist damit Jellineks Lehre erheblich weiter entrückt als das um zwei Generationen ältere Werk Robert von Mohls. Erst recht erweist sich Jellineks Lehre als weniger geeignet, normative Schranken für die Expansion des modernen Wohlfahrtsstaates zu entwickeln, da das Auswahlkriterium des „Solidarischen“ den Blick auf die schöpferischen Leistungen des Staates, seine Spontaneität und die Subtilität seiner psychischen Einwirkungsmöglichkeiten verstellt⁸².

Jellinek stellt das Subsidiaritätsprinzip auf schmalere Bereich dar als Mohl, allerdings gelangt er auf ihm zu feineren Unterscheidungen.

⁷⁸ S. 261.

⁷⁹ Vgl. S. 254.

⁸⁰ Vgl. S. 258.

⁸¹ Vgl. S. 259, 261/262.

⁸² Die Restriktion des Solidarischen folgt aus dem sozialen Staatsbegriff Jellineks, nach dem nur dem Einzelmenschen soziologisch feststellbares, substantielles Sein zukommt, während der Staat nur als dessen Funktion gedeutet wird (zum sozialen Staatsbegriff: Allgemeine Staatslehre, S. 174/182). Die Grenzen des Staatshandelns, damit auch das von Jellinek dargestellte Subsidiaritätsprinzip, werden auf den engeren Staatsbegriff, den Staat als substantiellen Gegenspieler zur Gesellschaft, bezogen. Vgl. die Kritik Hespes (FN 72, S. 63/64).

Obwohl Jellinek aus dem Subsidiaritätsprinzip keinen vielstufigen Gesellschaftsbau spekulativ entwickelt, kann er doch die Folgerungen daraus ziehen, die sich aus der Subsidiarität des Staates gegenüber den sozialen Gruppen für die Dezentralisation und die Selbstverwaltung ergeben⁸³.

ee) Bei aller methodologischen Reflexion wird die Lehre Jellineks durch methodologische Unsicherheit gekennzeichnet. Mohl vermochte noch aus obersten Prinzipien ein rechtsstaatliches System abzuleiten und der sozialen Wirklichkeit anzupassen, da der deutsche Idealismus noch weiter wirkte und die Kraft dazu bot. Auf dem Boden des Relativismus und Positivismus war dagegen nur noch jener Synkretismus der Methoden möglich, der Jellineks Allgemeine Staatslehre kennzeichnet⁸⁴. Das Subsidiaritätsprinzip konnte darin nur noch als ein Topos erscheinen — Ausdruck des liberalen Establishment, auf dem das positive Recht beruhte.

Von den Subsidiaritätsformeln Jellineks gingen keine geistesgeschichtlichen Impulse aus; wohl aber wahrten sie die Kontinuität einer liberalen Tradition in einer Epoche, die eines positiv-rechtlichen Subsidiaritätsprinzips schon deshalb nicht bedurfte, weil staatliche Subsidiarität als selbstverständlich erschien.

⁸³ Obwohl Jellinek das Dasein der Gemeinde allein vom Staat her ableitet (vgl. Staat und Gemeinde, S. 356/359), rechtfertigt er das kommunale Selbstverwaltungsrecht durch das Subsidiaritätsprinzip, das von den staatlichen Außenbeziehungen zu den Individuen und den freien Verbänden geformt ist, und folgert sogar die Dezentralisierung der obrigkeitlichen Befugnisse:

„Ein solches Gebiet der Selbstverwaltung der Gemeinde einzuräumen, liegt nun bei der heutigen Gestaltung der Gesellschaft in dem Interesse der Staaten, welche in ihren Institutionen das Prinzip verwirklichen, die Selbstbetätigung der Individuen und der Verbände in erster Linie wirken zu lassen und nur dort mit ihrer Herrschaft und mit ihren Machtmitteln verwaltend einzugreifen, wo Individuen und Verband mit ihren Mitteln nicht ausreichen. Soweit daher der Staat Verwaltungsaufgaben findet, die er durch Verbände besser und sicherer zu lösen hält, als durch seine Macht, muß er auch die zur Verwaltung notwendigen Herrschaftsbefugnisse dem Verbands zur Verfügung stellen“ (System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 294).

⁸⁴ Zur Methode vgl. Hesse (FN 72) und Badura (FN 72). — Das Subsidiaritätsprinzip erscheint auch bei Jellinek von seiner Geltungsweise her unklar

— einmal als ontische Tendenz (S. 261),

— dann als ethische Konvention (im Rahmen der Zwecklehre),

— schließlich als quasi-naturrechtliche Norm (durch die Berufung auf das durch die Natur bedingte Verhältnis des Staates zu den einzelnen Interessen, S. 259).

Fünfter Abschnitt

Folgerungen für die
verfassungsrechtliche UntersuchungWesensmäßige Eignung des Subsidiaritätsprinzips
zu einer Rezeption in das positive Verfassungsrecht oder
apriorisches Scheitern eines solchen Versuches?

Die wichtigsten Einsichten über das Wesen des Subsidiaritätsprinzips seien kurz zusammengefaßt, damit geklärt werden kann, ob der Grundsatz überhaupt als *möglicher* Inhalt einer verfassungsrechtlichen Entscheidung in Frage kommt oder ob nicht die Untersuchung bereits mit der Feststellung abgeschlossen werden kann, das Subsidiaritätsprinzip sei normativ unbrauchbar.

I. 1. Das Subsidiaritätsprinzip hängt nicht von den spezifischen Prämissen der katholischen Sozialphilosophie ab. Es ist ursprunghaftes Gut der deutschen Staatslehre in ihren föderalen und liberalen Spielarten¹. Die volle Ausbildung des Grundsatzes, wie er in der päpstlichen Verlautbarung enthalten ist, ergibt sich aus der Synthese beider Tendenzen: in der liberalen Legitimation eines föderal geordneten Sozialbaus.

2. Der mögliche *Anwendungsbereich* des Subsidiaritätsprinzips läßt sich nur durch formale Kategorien abstecken:

Es kann zwischen sozialen Einheiten gelten, die

- im hierarchischen Über/Unterordnungsverhältnis zueinander stehen
- einen gemeinsamen Aufgabenkreis (konkurrierende Kompetenz) haben und
- auf eine gemeinsames Ziel — das *bonum commune* — bezogen sind².

Diese Voraussetzungen sind zwar in umfassender Weise nur in den Modellvorstellungen gesellschaftsorganischer Theorien erfüllt. Sie finden aber auch eine wesensgemäße Entsprechung in der zweiseitigen Beziehung von Staat und Gesellschaft. Das Subsidiaritätsprinzip hat insoweit Blankettcharakter.

3. Seine normative Aussage besteht darin, daß der untergeordneten Einheit der Vorrang im Handeln nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit

¹ Es ist aufschlußreich, daß die Enzyklika Q. a. wesentlich unter deutschem Einfluß (vor allem dem *Gustav Gundlachs*) entstanden ist. Vgl. auch v. *Nell-Breuning* (Enzyklika, S. 251/253).

² Aus der gemeinsamen Aufgabe und dem gemeinsamen Ziel ergibt sich die Solidarität der Einheiten als Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips.

zugesprochen wird³. Der Vorrang im Handeln soll den Vorrang der Daseinsentfaltung ermöglichen. Der Freiheitsschutz der unteren wird durch Zuständigkeitsbegrenzung der oberen Einheit angestrebt. Auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft bezogen bedeutet das:

Der Staat darf erst dann tätig werden, wenn die gesellschaftlichen Kräfte nicht ausreichen, um die Aufgaben zu bewältigen, die das Gemeinwohl stellt. Der Staat hat die höchste Verantwortung für das *bonum commune*, aber er darf nur als letzte Instanz tätig werden, um die Forderungen des Gemeinwohls zu aktualisieren. Maxime des staatlichen Eingreifens ist die größtmögliche Schonung gesellschaftlicher Substanz. Ehe er eine Kompetenz völlig übernehmen darf, müssen sich die milderer Mittel der Einwirkung als unzulänglich erwiesen haben.

4. Seine hypothetische Natur macht das Subsidiaritätsprinzip anpassungsfähig und ermöglicht eine gleitende konkurrierende Kompetenzordnung, die von den Erfordernissen der jeweiligen geschichtlichen Lage abhängt (*elastische Subsidiarität*). Ausschließliche Funktionsvorbehalte können mit dem Subsidiaritätsprinzip nur gerechtfertigt werden, wenn man die Unwandelbarkeit bestimmter Lagen unterstellt, wie es rationalem Modelldenken gemäß ist (*starre Subsidiarität*).

5. Der Grundsatz hat in der neuscholastischen Sozialphilosophie eine ideologische Grundlage gefunden. Er ist aber von dieser Grundlage ablösbar.

Das Subsidiaritätsprinzip kann sich mit anderen Lehrsystemen verbinden — oder auf jeden theoretischen Unterbau verzichten und seine Bewährung als pragmatische Formel suchen. Das Subsidiaritätsprinzip ist daher *ideologisch offen*.

II. 1. Die ideologische Offenheit, die wirklichkeitsangepaßte Elastizität und der Blankettcharakter in den Anwendungsmöglichkeiten geben dem Subsidiaritätsprinzip die Chance umfassender Geltung. Es kann daher nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, daß es sich den Strukturen des Bonner Grundgesetzes anpassen könne.

2. Es bleibt aber zu fragen, ob der Grundsatz überhaupt eine *materiale Aussage* enthalte und damit Gegenstand einer positiven Verfassungsentscheidung sein könne. Wäre er formal — als Leerformel im Sinne Kelsens — würde sich jede positivrechtliche Untersuchung von vorne-

³ Es geht hier nur um die „negative“ Subsidiarität; die „positive“ wird als Voraussetzung, nicht als Inhalt des Prinzips gewertet (s. o. § 5). — Definiert man den (negativen) Grundsatz individualbezogen, nach dem jeweils zu leistenden „subsidium“, so wird die Rangfolge statuiert: Selbsthilfe vor Fremdhilfe, Fremdhilfe des engeren Verbandes vor Fremdhilfe des weiteren Verbandes.

herein erübrigen¹. So wäre es letztlich müßig, in einer Verfassungs-urkunde die Bindung an die formale Gerechtigkeit zu suchen, da diese Bindung selbstverständlich ist. Der Streit geht um die materialen Gerechtigkeitsaspekte, hier erst setzt auch die Notwendigkeit positivrechtlicher Entscheidungen ein.

Das Subsidiaritätsprinzip hält sich zwar auf großer Abstraktionshöhe, ist aber material. Wie hätte es auch sonst zum Gegenstand politischer Auseinandersetzungen werden können?

Weil die Entscheidung für den Vorrang der unteren Einheit material ist, muß auch die ideologische Offenheit begrenzt sein: Zwar verweist das Subsidiaritätsprinzip nicht notwendig auf die neuscholastischen Spielarten des Personalismus, wohl aber kann es sich nicht mit überindividualistischen und transpersonalen Legitimationen der Rechtsgemeinschaft verbinden; es sind ihm nur Ideologien gemäß, die von der menschlichen Einzelpersonen her die Gemeinschaft rechtfertigen — „individualistische“ Staatsauffassungen in der Kategorienlehre Radbruchs².

3. Das Subsidiaritätsprinzip weist aber nicht die *Bestimmtheit* auf, die Normen im rechtstechnischen Sinne eigen ist. Seine konkrete Verwirklichung ist abhängig von den geschichtlichen Entwicklungen der jeweiligen Lebensbereiche. Die sachgerechte Bewertung erfordert technisches Sachwissen. Das *abstrakte* Prinzip reicht nicht aus, um die konkreten Rechtsfragen zu entscheiden³.

Es eignet sich nicht zum Obersatz eines juristischen Subsumtions-schlusses, wenn seine Tatbestandsmerkmale nicht normativ konkretisiert sind. Es ist kein möglicher Rechtssatz, sondern ein mögliches Rechtsprinzip.

Es wird deshalb dem Subsidiaritätsprinzip vorgeworfen, es sei juristisch nicht brauchbar, es eigne sich nicht dazu, den Dezisionismus auf-

¹ Die Stellungnahmen zu der Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip formal oder material sei, sind zumeist unklar, weil der Begriff „formal“ zweideutig ist und die juristischen Interpreten zumeist diese Zweideutigkeit nicht beachten (vgl. etwa die Ausführungen G. Küchenhoffs, Staatsverfassung, S. 74, und Glasers, Diss., S. 24/28 mit Nachw.). In der aristotelisch-scholastischen Terminologie ist forma das den Stoff (materia) prägende Gestaltprinzip. Insoweit ist das Subsidiaritätsprinzip formal. In der kantianischen Philosophie ist „formal“ inhaltsleer. Das aber ist das Subsidiaritätsprinzip nicht. — Zutreffend Messner, Naturrecht, S. 269/297 (a. A. Welty, Sozialkatechismus I, S. 144: für inhaltsleeren Charakter). Nahezu formal sind allerdings die noch weiter abstrahierenden Formeln, die ein „überzeitliches“ Subsidiaritätsprinzip wiedergeben sollen — so bei Utz, Formen, S. 75/78, und v. Nell-Breuning, Wirtschaft I, S. 76.

² Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 149; vgl. auch Spann, O., Gesellschaftsphilosophie, München 1928, S. 7/11.

³ Die Abhängigkeit von den konkreten Umständen heben besonders hervor: v. Nell-Breuning (FN 1, S. 76); Süsterhenn, Festschrift für Nawiasky, S. 149; Peters, AfK 6 (1967), S. 6, 12/13; Max Müller, Freiheit, StL Bd. 3, Sp. 537/538.

zuheben; deshalb müsse es für die rechtliche Erörterung ausscheiden⁴. Dieser Vorwurf kann letztlich jedem Rechtsprinzip gelten, dessen Funktion nicht darin besteht, unmittelbare Lösungen zu bieten, sondern nur wegweisend die Richtung zur Lösung hin aufzuzeigen. Die methodologischen Arbeiten von Larenz und Esser haben den Wert von Prinzipien für das positive Recht verdeutlicht⁵. Kägi hat überdies nachgewiesen, daß eine Verfassung nur dann „rechtliche Grundordnung des Staates“ sein könne, wenn sie die Staatsgewalt an Grundsätze binde, daß mit dem Einbruch der Prinzipienlosigkeit das Normative überhaupt seinen Niedergang erfahre⁶. Es geht dem Prinzip nicht darum, die Entscheidungsfreiheit des Staates schlechthin aufzuheben, sondern nur, sie rechtlich zu verfassen.

Die Abneigung gegen allgemein gehaltene Grundsätze ist einem ängstlichen Positivismus eigen, der — aus Sorge, die „Reinheit“ der juristischen Methode könne durch metajuristische Einflüsse getrübt werden — lieber völlig auf den Anspruch verzichtet, alle wesentlichen Lebensgebiete rechtlich zu durchdringen, und sie der Willkür überläßt. In der Argumentation, die dem Subsidiaritätsprinzip a priori die rechtliche Brauchbarkeit abspricht, wirkt sich der von Carl Schmitt entlarvte „Grenzenlosigkeitsschluß“ aus: Von der Schwierigkeit der Abgrenzung wird auf das Nichtvorhandensein einer Grenze geschlossen⁷.

Exkurs

§ 67 DGO — Prototyp einer gesetzlichen Aktualisierung des Subsidiaritätsprinzips?

Um den Rechtsgedanken der Subsidiarität aus der Sicht des geltenden Rechts zu erfassen, kann es aufschlußreich sein, zu fragen, ob sich der Grundsatz nicht bereits innerhalb der deutschen Rechtsordnung zu praktikablen gesetzlichen Vorschriften verdichtet hat. Sollte sich eine solche Vorschrift nachweisen lassen, so wäre ein Weg aufgezeigt, wie sich die Ordnungsidee der Subsidiarität gesetzestechisch fassen läßt — und zwar in einer Gestalt, die dem deutschen Recht angemessen ist; möglicherweise wäre damit auch die Formel gefunden, in der sich der Subsidiaritätsgedanke von der Normstufe des einfachen Gesetzes auf die der Verfassung heben ließe.

⁴ Vgl. Herzog, Der Staat 2 (1963), 422; Haas, DVBl. 1960, 305; Krüger, Staatslehre, S. 774; Zeidler, VVDStRL 19 (1961), 214.

⁵ Nachw. s. u. § 63.

⁶ Kägi, Verfassung, S. 18, 32, 95/99 und passim.

⁷ Vgl. Carl Schmitt, Freiheitsrechte, S. 147 (zu Art. 127 WRV).

Als Musterbeispiel für eine Normativierung des Prinzips in seiner liberalen Spielart werden häufig die Bestimmungen des Gemeindewirtschaftsrechts betrachtet, die der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit Grenzen gezogen haben. In dieser Gesetzesmaterie liegen die bedeutsamsten Ansätze, die das vorkonstitutionelle Recht dazu entwickelt hat, die Konkurrenz der öffentlichen Hand gegenüber den gesellschaftlichen Kräften einzuschränken. Deshalb sollen gerade diese Bestimmungen daraufhin untersucht werden, ob sich in ihnen der Subsidiaritätsgrundsatz verwirklicht hat.

a) Nach dem ersten Weltkrieg waren die Gemeinden als die kleinsten, sach nächsten Vorposten der Staatlichkeit gegen den Bereich der Gesellschaft die eigentlichen Träger der staatlichen Wirtschaftsexpansion geworden. Sie hatten auf der Rechtsgrundlage ihrer Allzuständigkeit immer weitere Tätigkeiten an sich gezogen, die ursprünglich von freien Unternehmern bewältigt worden waren. Insbesondere hatten die Gemeinden in weitem Umfange Aufgaben der öffentlichen Versorgung übernommen¹.

Zwar hatten sie sich bereits von jeher wirtschaftlich betätigt, aber diese Betätigung wurde erst jetzt problematisch, als die Pionierzeit der ökonomischen Entwicklung vorüber, als kein Neuland mehr zu erschließen war und jede wirtschaftliche Initiative der öffentlichen Hand in die Interessensphäre Privater hineinwirkte. Die Kommunen hatten sich den freien Unternehmen soweit angeglichen, daß sie sich als wesensgleiche Größen und damit als Konkurrenten fühlen konnten².

Wenn nun auch beide Rivalen unter demselben Gesetz angetreten waren, so war der Wettbewerb doch sehr ungleich. Die Gemeinden konnten im Dienst ihrer Erwerbsinteressen auch ihre obrigkeitlichen Mittel einsetzen. Überdies waren sie nicht an die Ertragsgrundsätze der Privatwirtschaft gebunden, da sie in den Steuereinnahmen einen festen finan-

¹ Zur Vorgeschichte von § 67 DGO vgl. die *Amtliche Begründung zur DGO* (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger, 1935, Nr. 25 ff., abgedr. in Surén-Loschelder, DGO, § 67/1); *Köttgen*, Reich und Länder, 1936, 40/41; *Zeiß*, HbKWP III, S. 611/613; *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 54/56; *Kiefer-Schmid*, DGO, Stuttgart 1937, § 67/1; *Stern-Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, Stuttgart 1965; *Keller*, Eigenwirtschaft, S. 169/171 mit Nachw.

Als Diskussionsbeitrag aus der Vorgeschichte der DGO ist die Untersuchung *Brandts*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand (Jena 1929), hervorzuheben; nach einer Darstellung der geschichtlichen und ökonomischen Zusammenhänge wurden als Gefahren der Staatswirtschaft aufgewiesen, daß Produktion und Kapital fehlgeleitet würden und öffentliche Autorität mißbraucht werde (S. 70/80). Die Therapie, die nach der nationalökonomischen Diagnose vorgeschlagen wurde, stimmte im wesentlichen mit den späteren kommunalwirtschaftlichen Regelungen überein: die öffentliche Hand solle keine Aufgaben übernehmen, die bereits ausreichend von der Privatwirtschaft gelöst würden; ferner solle die Zwecksetzung der öffentlichen Betriebe scharf umrissen werden (S. 103).

² Dazu *Köttgen*, Reich und Länder, 1936, 40.

ziellen Rückhalt besaßen — zumal in den Einnahmen aus den Realsteuern, die von den privaten Konkurrenten aufgebracht werden mußten. Da nicht allein fiskalische Bedürfnisse die wirtschaftlichen Initiativen der Gemeinden beflügelten, sondern auch oft sozialpolitische Absichten dahinterstanden, die darauf ausgingen, die privatkapitalistische Wirtschaft zu schwächen, konnten die Schlagworte vom „Staatssozialismus“ und vom „Gemeindesozialismus“ Widerhall finden³.

b) Nachdem die Proteste der betroffenen Wirtschaftskreise seit dem Jahre 1927 mehrfach den Gesetzgeber auf den Plan gerufen hatten, um der kommunalen Wirtschaftsinitiative ein Maß zu setzen⁴, fand die gesetzliche Entwicklung in § 67 I DGO vom 30. Januar 1935 ihren Abschluß⁵:

„Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“

a) Der Gegenstand der Regelung des § 67, das *wirtschaftliche Unternehmen*, läßt sich nicht von seiner Rechtsform her erfassen, sondern nur von seiner Bestimmung, mit der freien Wirtschaft zu konkurrieren. Maßgeblich ist das Kriterium, ob durch die unternehmerische Wirksamkeit der Gemeinde der Bereich der privaten Wirtschaft eingeengt werde. Selbst wenn ein Betrieb, etwa eine Druckerei, nur für den Eigenbedarf der Gemeinde aufkommt, greift die Konkurrenzsperr des § 67 DGO ein. Es fallen jedoch nur solche Einrichtungen und Anlagen darunter, „die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden“ können⁶. Damit ist die hoheitliche Verwaltung, die

³ Vgl. dazu Huber, E. R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht* I, S. 521/523; Gönnewein (FN 1), S. 55; Heffter, *Selbstverwaltung*, S. 610.

⁴ Den Auftakt bildete das Genehmigungserfordernis des Art. 61 I 3 Bay. GO v. 17. 10. 1927 (DVBl. Nr. 25 vom 24. Oktober 1927), vgl. dazu den Kommentar von Woerner, O. (München 1931), und die Begründung zum Regierungsentwurf, Beilage 1982, Landtagsdrucksache, III. Tagung 1925/26, S. 80 (mit Wiedergabe einer Petition des Reichsverbandes des deutschen Nahrungsmittelhandels). Materiellrechtliche Schranken wurden bereits in den folgenden Regelungen aufgerichtet: Art. 139 Württ. GO v. 19. 3. 1930 (Reg. Bl. S. 45); 5. Kapitel VIII 3. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, S. 537); dazu DVO vom 30. 3. 1933 (RGBl. I, S. 180); Preuß. Gemeindefinanzgesetz v. 15. 12. 1933 (GS S. 442).

⁵ RGBl. I Nr. 6, S. 49.

⁶ Vorl. *Ausführungsanweisung* zum 6. Teil der DGO vom 22. März 1935 (Ministerialblatt für die Preußische innere Verwaltung, S. 475); zum Begriff „wirtschaftliches Unternehmen“ vgl. Kiefer-Schmid, (FN 1), § 67/1 und Surén-Loschelder (FN 1), § 67/2.

der Gemeinde vorbehalten ist, ebenso ausgegliedert, wie solche Einrichtungen entfallen, bei denen der gemeinnützige Zweck den ökonomisch-fiskalischen überwiegt. Mit diesen scheiden nach § 67 II Unternehmen aus, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, ferner die Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege. Obwohl auch diese nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten sind, will § 67 in dieser wichtigen Zone der Gesellschaft keinen Konkurrenzvorsprung einräumen und nicht die völlige Kommunalisierung verhindern. Wo bei einer gemeindlichen Einrichtung die öffentlichen Zwecke gänzlich das Bild bestimmen, kann der gleichartige Wettbewerb, wie ihn das Gewinnstreben herstellt, nicht stattfinden. Er ist hingegen anzutreffen unter den Versorgungs-, Verkehrs-, Industrie- und Handwerksbetrieben⁷.

⁶) Im Konkurrenzbereich kann die Gemeinde nicht frei wie eine Privatperson handeln. Vielmehr bedarf ihre Tätigkeit einer besonderen Legitimation aus dem *öffentlichen Zweck*⁸, dem ihre Tätigkeit gewidmet ist. Privatnützige Ziele, wie sie auch von der freien Wirtschaft verfolgt werden können, insbesondere das Gewinnstreben, schaffen die Rechtfertigung nicht, selbst dann nicht, wenn die erwerbswirtschaftliche Betätigung wenigstens mittelbar öffentliche Ziele, etwa die Verschaffung von Arbeitsplätzen, verfolgt. Die Leistungen müssen unmittelbar ein solches Ziel verwirklichen. Das ist etwa der Fall beim Betrieb von Verkehrsanstalten — also einer ökonomischen Betätigung, „die nach der ganzen Entwicklung und den herrschenden Anschauungen eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand“ hat⁹.

Die Legitimation ist auch stets gegeben, wenn eine bestimmte Leistung ihrer Eigenart nach aus Gründen des öffentlichen Wohls einem kommunalen Betrieb vorzubehalten ist, wenn etwa eine Gemeindedruckerei für geheime Dokumente eingerichtet wird. Bei der Auslegung des „öffentlichen Zweckes“ werden die Notwendigkeiten der Verwaltungsökonomie nicht außer acht gelassen. So deckt der öffentliche Zweck auch die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens, wenn sonst eine Verwaltungs-

⁷ Eine beispielhafte Zusammenstellung bietet die 1. *Ausführungsanweisung zur EigenbetriebsVO* vom 22. März 1939 (Ministerialblatt des Reichs- und Preussischen Ministeriums des Innern, S. 633, abgedruckt bei Surén-Loschelder, § 67/2. Vgl. auch Kiefer-Schmid (FN 1), § 67/5.

⁸ Zum Folgenden: Amtl. Begründung (FN 1), 1 b; Surén-Loschelder, § 67/3 a; Kiefer-Schmid, § 67/4 a; Zeitler-Bitter-von Derschau, DGO, 4 A., Berlin 1939, § 67/2; Köttgen, Reich und Länder, 1936, S. 43, 45. Den Zusammenhang von § 67 I 1 und Subsidiaritätsprinzip suchen Dürig (M—D, Art. 2 I/52); Hamann, W., (Diss., S. 49) und Stern (BayVBl. 1962, 130/131) aufzuweisen. Dagegen lehnt Glaser, Diss., S. 61/62, jeden Bezug ab.

⁹ Amtl. Begründung (FN 1), 1 a.

maßnahme nicht durchzuführen wäre, oder die ökonomischen Randnutzungen einer an sich legitimen Verwaltungseinrichtung, wenn sonst unerlässlich vorhandene Kapazitäten brachlägen; so dürfen Feuerwehrleute in den Bereitschaftsstunden mit Reparaturarbeiten am Fuhrpark beschäftigt werden: der Preis einer Funktionssperre soll nicht die Verschwendung öffentlicher Mittel sein¹⁰.

Diese Konkurrenzsperrre berührt das Subsidiaritätsprinzip: Sie wahrt die Hierarchie der konkurrierenden Subjekte dadurch, daß sie dem übergeordneten Verband untersagt, sich die Tätigkeitsziele seiner Glieder ohne weiteres zu eigen zu machen, und daß sie ihn auf seine eigentümliche Bestimmung, das von ihm zu wahrende Gemeinwohl, festlegt. Die Scheidung der Zweckbereiche begrenzt den Funktionskreis der höheren Einheit.

Doch werden diese Kreise nicht derartig geschieden, daß sie sich überhaupt nicht mehr überschneiden. Denn die Motivation durch den öffentlichen Zweck bei der Übernahme einer Aufgabe macht die Aufgabe selbst nicht zu einer spezifisch gemeindlichen Angelegenheit — abgesehen davon, daß auch der öffentliche Zweck selbst (etwa der der Daseinsvorsorge) nicht ausschließlich der Gemeinde vorbehalten bleibt. Im übrigen bezeichnet der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ gerade das gemeinsame Aktionsfeld der kommunalen und der privaten Kräfte.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes beschränkt sich das Erfordernis der Legitimation (ebenso wie die beiden anderen Grenzen des § 67 I) auf die Errichtung oder wesentliche Erweiterung von Unternehmen, ergreift also nicht bestehende Betriebe. Jedoch entspricht es nach der Ausführungsanweisung zur DGO¹¹ den Absichten des Gesetzes, wenn die Gemeinden auf den Abbau solcher Betriebe Bedacht nehmen, die jenseits der Grenzen des § 67 liegen. So wird im Jahre 1935, mitten im Ausbau einer Zentralverwaltungswirtschaft, ein erster Anruf zur Reprivatisierung vernehmbar.

γ) Die Beschränkung der Wirtschaftsbetätigung auf ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf

¹⁰ Vgl. *Surén-Loschelder* (FN 1), § 67/3 a, dd. — Zum Verhältnis Wirtschaftlichkeit-Subsidiarität s. u. § 61. Die Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit läßt sich nicht damit rechtfertigen, die Gemeinde müsse versuchen, in erster Linie ihre Einnahmen aus Steuern zu erzielen. Dieses Argument hat zwar gegenüber dem *Steuerstaat* Gewicht, nicht aber gegenüber der Gemeinde. Denn § 85/II DGO wies den Gemeinden das Recht, Steuern zu erheben nur soweit zu, als die sonstigen Einkünfte (etwa aus den Finanzzuweisungen, Vermögenserträgen oder privatrechtlichen Entgelten) nicht ausreichten (vgl. *Surén-Loschelder*, § 85/5). Diese „Subsidiarität des Rechts zur Erhebung von Abgaben“ gilt auch für das heutige Kommunalfinanzrecht (vgl. *Surén*, *Gemeindeordnungen II*, S. 668/670).

¹¹ *Vorl. Ausführungsanweisung* (FN 6), 2, S. 2: vgl. auch *Kerrl-Weidemann*, DGO, 2. Aufl., Berlin 1937, § 67/1; *Kiefer-Schmid* (FN 1), § 67/1.

(§ 67 I 2) soll die Gemeinde davor sichern, überhöhte Risiken einzugehen, und die Rentabilität des Unternehmens gewährleisten¹².

Sie schützt daher in erster Linie die Gemeinde selbst. Immerhin, soweit die DGO das Maß der eigenen Kräfte zum Maß der Tätigkeit bestimmt, wird die Randzone des Subsidiaritätsprinzips erreicht¹³.

δ) Während der „öffentliche Zweck“ nach § 67 I 1 DGO den gegenständlichen Umfang der kommunalprivatwirtschaftlichen Konkurrenzzone umschreibt, entscheidet die dritte Sperrbedingung, wer primär die Kompetenz ausüben darf; § 67 I 3 konkretisiert also die „Rechtfertigung“ durch den öffentlichen Zweck. Der erste und dritte Tatbestand bilden eine integrale Einheit¹⁴.

Das Erfordernis besserer und wirtschaftlicherer Zweckerfüllung stellt nicht bloß auf die größere Rentabilität die konkurrierenden Unternehmen ab, sondern auch darauf, daß die Überlassung bestimmter Versorgungsaufgaben an die freie Wirtschaft die öffentlichen Belange nicht beeinträchtigt¹⁵.

Auch diese Regelung deckt sich nicht völlig mit dem Subsidiaritätsprinzip. Die DGO läßt nämlich den Leistungsnachrang der Gemeinde gegenüber den gesellschaftlichen Kräften erst eintreten, wenn diese die Aufgaben „besser und wirtschaftlicher“ wahrnehmen, nicht schon dann, wenn diese die Aufgaben „gleich gut“ bewältigen können¹⁶. Eine derartige „liberalistische“ Lösung wäre auch nach nationalsozialistischem Wirtschaftsdenken zu weit gegangen¹⁷. Darüber hinaus wirkt die Sperre des § 67 I 3 nicht nur „nach unten“ zu den freien Unternehmern, sondern auch „nach oben“ zu den übergeordneten Gemeindeverbänden und an-

¹² Vgl. *Amtl. Begründung* (FN 1), 1 b, 2. Dazu *Goerdeler*, C. F., *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 4, 1937, 135: Art. 67 I 2 DGO enthalte einen allgemeinen wirtschaftlichen Grundsatz, der auch für Private gelte.

¹³ Selbst wenn überhaupt kein Zusammenhang zwischen § 67 I 2 DGO und dem Subsidiaritätsprinzip erkannt wird, ist damit nicht der Schluß *Hans Schneiders* (Werbung, S. 20/21) gerechtfertigt, der Zusammenhang fehle bei allen Tatbeständen des § 67.

¹⁴ Als Konkretisierung der ersten Bedingung ist die dritte sogar entbehrlich, wie die Auslegung zu den Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO beweist, denen das dritte Merkmal fehlt (Nachw. u. FN 27). Umgekehrt nähern sich die Neufassungen der Funktionssperre, die das Wort „rechtfertigt“ durch „erfordert“ ersetzt, aber Ziff. 3 beibehalten haben (Nachw. u. FN 27), dem Pleonasmus.

¹⁵ Die Gemeinden sollten also von der Daseinsvorsorge nicht ausgeschlossen werden. Vgl. *Köttgen* (FN 2), S. 46; *Storck*, *Reich und Länder*, 1936, 52; *Surén-Loschelder*, § 67/3 c; *Kerrl-Weidemann*, § 67/3. Doch schieden diese Betriebe nicht a priori begrifflich aus dem Anwendungsbereich der Funktionssperre aus. Eine solche Restriktion blieb erst dem *BayVerfGH* (AS 10 II, 113) vorbehalten; jedoch hatte bereits Art. 61/IV BayGO vom 17. Oktober 1927 den Weg dazu gewiesen.

¹⁶ So aber wohl *Thieme*, JZ 1961, 284.

¹⁷ So ausdrücklich *Kerrl-Weidemann* (FN 11), § 67/3.

deren öffentlichen Aufgabenträgern¹⁸. Das Subsidiaritätsprinzip dagegen begrenzt die Initiative nur gegenüber der kleineren, schützt sie aber gerade gegenüber der größeren Einheit. Deshalb stimmt die Wirkungsweise beider Regeln nicht überein: Wenn alle Verbände das gleiche Leistungsvermögen aufweisen sollten, so würde das Subsidiaritätsprinzip der Gemeinde die Tätigkeit gegenüber der freien Wirtschaft verbieten, während § 67 DGO sie noch erlaubt, sie gegenüber den Kommunalverbänden jedoch dulden, wo das Kommunalwirtschaftsrecht bereits die Funktionssperre eintreten läßt. Diese allseitige Begrenzung in § 67 I 3 deutet zugleich daraufhin, daß die Norm gerade auf die Eigenart der Gemeinde zugeschnitten ist¹⁹.

c) Der Unterschied zwischen § 67 DGO und dem Subsidiaritätsprinzip wird noch deutlicher, wenn man diese Bestimmung nicht isoliert, sondern im Sinnzusammenhang des Gesetzes betrachtet und sie als einen Bestandteil der nationalsozialistischen Gemeinde- und Wirtschaftsverfassung sieht. Einige Momente wiesen allerdings auch hier in die Richtung des Subsidiaritätsprinzips. Die DGO enthielt Tendenzen, die die Privatwirtschaft begünstigen, den Konkurrenzdruck der öffentlichen Hand mindern sollten. Sie verwarf den „Gemeindesozialismus“ und versuchte, das Überhandnehmen der Gemeindewirtschaft dadurch einzudämmen, daß sie ihr eine bloße „Reservestellung“ (Köttgen) zuwies²⁰. Das Verbot der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit sollte Privat- und Kommunalwirtschaft aus der Umklammerung lösen, in die sie durch den Wettbewerb geraten waren, und die Gemeinden zu ihren wesenseigenen Aufgaben, den hoheitlichen, zurückführen. Damit war die Gemeinde wieder aus der Konkurrenzebene als Wirtschaftssubjekt herausgehoben. Sie erschien als spezifisch

¹⁸ Zu denken war etwa an Zweckverbände, Landkreise oder sonstige Kommunalverbände. Vgl. *Kiefer-Schmid* (FN 1), § 67/4 c; *Zeitler-Bitter-von Derschau* (FN 8), § 67/2; *Surén-Loschelder* (FN 1), § 67/3 c, aa, bb. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Vergleich mit dem Vorläufer der § 67 I 3 DGO, § 87 I 2 Preuß. Gemeindefinanzgesetz, wonach die Gemeinde gegenüber einem „anderen öffentlich-rechtlichen oder privaten Träger“ zurücktreten mußte (zutreffend: *Glaser*, Diss., S. 62/63 mit weit. Nachw. gegen *Stern*, AfK 1964, 99, und BayVBl. 1962, 132).

¹⁹ Dieses Argument stützt die These, daß die spezifisch kommunalrechtliche Bestimmung des § 67 DGO mit dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip nichts gemeinsam habe, bei: *Thieme*, Subsidiarität, S. 18; *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 56; dems., Rechtsprobleme, S. 28; *Maunz*, BayVBl. 1957, 8; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 174/175; *Zacher*, Ergänzungsgutachten, S. 65; *Glaser*, Diss., S. 62/63. Die Geltungsmöglichkeit der Funktionssperre außerhalb des Kommunalwirtschaftsrechts lehnen ebenfalls ab: *Köttgen*, DJT-Festschrift I, S. 593/594, 600/601; *Hamann*, NJW 1957, 1424 FN 24; *Schneider*, H., Werbung, S. 21/22. — *Lerche* (Übermaß, S. 201) und *Scholz* (Wesen, S. 167) sehen in den Regeln des Gemeindewirtschaftsrechts überhaupt nur das Erforderlichkeitsprinzip verwirklicht. s. u. § 17.

²⁰ *Köttgen* (FN 2), S. 40/41; vgl. ferner *Kerrl-Weidemann* (FN 11), § 67/3; *Bronisch*, Deutsche Verwaltung, 1935, 87, und die Nachweise FN 1.

politischer Verband und damit als inkommensurable Größe gegenüber den privatwirtschaftlichen Unternehmen.

Diesem Rückgang der kleinsten staatlichen Verbände auf ihre eigentümlichen politischen Funktionen entsprach zu der Zeit, in der die DGO entstand, die gesamte Wirtschaftsverfassung²¹. Die Lenkung der Wirtschaft erfolgte weniger mit den Mitteln der Sozialisierung und der Konkurrenz (diese waren als marxistisch verpönt), sondern in erster Linie durch das Instrumentarium obrigkeitlicher Herrschaft. Die überkommene Rivalität von Staat und Gesellschaft wurde durch „Gleichschaltung“ aufgehoben, aber nicht durch totale Verstaatlichung der Gesellschaft und ihrer Wirtschaftseinheiten, wie sie der etatistische Faschismus italienischer Prägung oder der zentralistische Sozialismus anstrebten. Auf dem Boden der NS-Ideologie, die vom Vorrang der Volksgemeinschaft vor dem Staat ausging, konnten relativ dezentralistische Bestrebungen erwachsen, die sich mit liberalen Vorstellungen deckten²².

Die Übereinstimmung mit der Subsidiaritätsmaxime ist unverkennbar. Und doch verdecken diese Übereinstimmungen im Technisch-Instrumentalen nicht den fundamentalen Gegensatz in der Tendenz. Dem Einzelnen wurde zwar wirtschaftliche Freiheit belassen — aber nicht um seiner selbst, sondern um des Volksganzen willen. Der Wirtschaft wurde Selbstverwaltung eingeräumt — jedoch nur, um ein anpassungsfähiges Instrumentarium für die staatliche Lenkung zu gewinnen. So wollte letztlich § 67 DGO nicht den Einzelunternehmer, sondern die gesamte Volkswirtschaft schützen²³. Die amtliche Begründung²⁴ stellte ausdrücklich darauf

²¹ Dazu *Merkel*, H., Nationalsozialistische Wirtschaftsgestaltung, Stuttgart 1936, S. 97/101; *Schlegelberger*, F., Das Wirtschaftsrecht des Dritten Reiches, Berlin 1935; *Weidemann*, J., Deutsches Recht, 1936, 310; ders., Deutsche Verwaltungsblätter, 1936, 250; *Storck*, Reich und Länder, 1936, 47.

²² Vgl. *Merkel* (FN 21, S. 98, 101): Je besser die Selbstverwaltung die Gemeinschaftsziele verwirkliche, umso weniger Staatsaufsicht sei notwendig. Wenn sich auch die Wirtschaft den Notwendigkeiten des Volksganzen fügen solle, so solle sie sich aber auch selbst im Kampf des Daseins behaupten und nicht den Staat dort als Helfer anrufen, wo sie sich durch Anspannung ihrer Kräfte selbst zu helfen vermöge. Noch deutlicher sind die Spurenelemente neoliberaler Wettbewerbsideologie bei *Goerdeler* (FN 12, S. 134) erkennbar, der die Regelung der § 67 I 3 DGO aus der Wesensanlage des Menschen zur freien Konkurrenz herleitet; nur ausnahmsweise könne daher Gemeinwirtschaft an die Stelle der Privatwirtschaft treten und müsse es vielleicht sogar, wo aus überwiegenden Gründen der Wirtschaftlichkeit auf Wettbewerb verzichtet werden müsse und wo sich aus der Eigenart des Betriebes und aus der Verbreitung eines allgemeinen Bedürfnisses leicht ein Monopol entwickeln könne. Ähnlich *Weidemann*, Deutsche Verwaltungsblätter, 1936, 252/254 und Deutsches Recht, 1936, 311. Zu den wirtschaftsliberalen Elementen im Nationalsozialismus: *Marcuse*, H., Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung (1934), in: Kultur und Gesellschaft I, Frankfurt 1967, S. 17, bes. 23/26. Zu den dezentralistischen Elementen: *Kägi*, Die Schweiz 15 (1944), S. 46.

²³ Deutlich gelangte diese kollektivistische Tendenz bei *Köttgen* (FN 2, S. 44) zum Ausdruck: Es gehe nicht um die Förderung individueller Lebensbedingungen um des Individuums willen, sondern darum, dem Einzelnen den Weg zu

ab, daß es bei der Gesamtlage des Reichs entscheidend darauf ankomme, die deutsche Wirtschaft so zweckmäßig und rationell zu organisieren, als dies irgend möglich sei. Das Glied der Gemeinschaft bildete keinen Selbstzweck, sondern nur ein Instrument zur Verwirklichung des Ganzen. Die wirtschaftliche Effizienz dieses Ganzen zu fördern, war das wesentliche Ziel der kommunalrechtlichen Funktionssperre. Sie war also eine Forderung ökonomischer Zweckmäßigkeit, aber keine personalistisch ausgerichtete sozialetische Maxime. Zwar ist auch das Subsidiaritätsprinzip auf eine Ordnung bezogen, aber es stellt das zentrifugale Moment in diesem Zusammenhang dar, das das Leben der Teile sichern will, aus dem die Harmonie des Ganzen hervorgeht²⁵. Derartige Tendenzen waren

einem brauchbaren Glied der menschlichen Gemeinschaft zu ebnen. „Hier wird dem einzelnen daher nicht um seiner selbst willen geholfen, sondern die gesamte gemeindliche Wirtschaftspflege geschieht ausschließlich um der Gesamtheit willen“ (S. 44, ähnlich S. 45). *Köttgen* setzte diese Lösung der (geschichtlich überholten) der gemeindlichen Wirtschaftsgenossenschaft entgegen, deren primäre Aufgabe darin bestanden habe, die Aufgaben auf sich zu nehmen, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der einzelnen Genossen überstiegen (S. 41, 44). Zum gleichen Ergebnis gelangte *Forsthoff*, E., DJZ 1934, 310.

Analog war die Bedeutung der gemeindlichen Selbstverwaltung gegenüber dem Staat zu erfassen. Sie wurde nicht um der Gemeinde, sondern um des Staates willen gewährt. Nicht die Notwendigkeit der Aufgaben für die Gemeinden, sondern die Entbehrlichkeit für die Staatszentrale bestimmten die Zuweisung. *Kerrl-Weidemann* (FN 11, Einf. S. 2) kennzeichneten die Selbstverwaltung dahin, „daß die höchste Vereinigung, die Volksgesamtheit, der Staat, es den historisch gewachsenen Zellen des Volkskörpers, den Gemeinden, selbst überläßt, sowohl ihr Vermögen selbst zu verwalten, als auch auf jenen Gebieten Recht zu bilden und durchzuführen, die nicht unbedingt der zentralen Regelung bedürfen.“ Die Funktion des dezentralistischen Systems sei es, „selbständige, verantwortungsfreudige und entschlußkräftige Unterführer zu erziehen“ (S. 4). Die DGO schloß so den Prozeß der Verstaatlichung der Gemeinden ab. Vgl. dazu ferner: *Forsthoff*, DJZ 1934, 307; *Surén*, F. K., DJZ 1935, 198; *Weidemann* (FN 21); *Köttgen* (FN 2), S. 40/47; *Voigt*, Selbstverwaltung, S. 194/259.

Der Versuch *Frentzels* (Betrachtungen, S. 32/33), § 67 DGO als Schutzgesetz zugunsten der Privatwirtschaft aufzuweisen, ist damit widerlegt. Ob dagegen die Nachfolgebestimmungen des § 67 einen solchen Charakter haben, ist unten näher zu untersuchen (§ 65).

²⁴ Vgl. FN 1. — Deutlich kommt die Tendenz in der Forderung des § 67 I 3 zum Ausdruck, daß Private auch „wirtschaftlicher“ handeln müßten. — Zu dem Rationalisierungsprozeß, in dem die privaten Wirtschaftssubjekte gewissermaßen zu „beliehenen Unternehmen“ wurden: *Leisner* (FN 19), S. 173/174.

²⁵ Für die DGO war die Liberalisierung nur die unvermeidliche Begleiterscheinung der angestrebten Effizienz der Gesamtwirtschaft — für das Subsidiaritätsprinzip dagegen bildet die Leistungsfähigkeit des Ganzen die (mitgewollte) Wirkung der optimalen Entfaltung des Einzelnen, die primär intendiert wird.

Glaser (Diss., S. 58/65) lehnt den Bezug des § 67 I 3 DGO zum Subsidiaritätsprinzip (auch) deshalb ab, weil der Schutz der Privatwirtschaft zwar gewollt sei, aber nur einen Nebenzweck darstelle, während die Stärkung der Volkswirtschaft Hauptziel sei. *Glaser* erkennt aber, daß beide Ziele sich wie Mittel und (End-)Zweck zueinander verhalten. Daß der Schutz der freien Unternehmer nicht ausschließlicher und nicht wichtigster Zweck sei, bildet keine schlüssige Begründung, um *jeden* Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip zu leugnen.

dem Gesetz aus dem Jahre 1935 völlig fremd, das die Gemeinden als Herrschaftsmedien des von oben nach unten geleiteten Führerstaates betrachtete und sie verpflichtete, an der Erreichung des Staatszieles mitzuwirken „in einem einheitlichen, von nationalem Willen durchdrungenen Volke die Gemeinschaft wieder vor das Einzelschicksal zu stellen, Gemeinnutz vor Eigennutz zu setzen und unter Führung der Besten des Volkes die wahre Volksgemeinschaft zu schaffen, in der auch der letzte willige Volksgenosse das Gefühl der Zusammengehörigkeit findet“ (Präambel zur DGO).

Der Staat konnte die scheinbare Liberalisierung, die in § 67 DGO lag, letztlich ohne Opfer und Risiko vollziehen, da Staat und Gesellschaft gleichgeschaltet worden waren. Wer auch immer tätig wurde — er erfüllte eine staatliche Funktion. Die Kompetenzverteilung oblag dem Staat, der die Kommunalaufsicht wie die Wirtschaftslenkung wahrnahm. Schließlich war es ja der staatlichen Zentralinstanz vorbehalten, von oben herab verbindlich zu bestimmen, was einen „öffentlichen Zweck“ darstellte und was „besser und wirtschaftlicher“ war.

d) Aus dieser Sicht erscheint das transpersonalistisch gerechtfertigte Regulativ des § 67 geradezu als auf den Kopf gestelltes Subsidiaritätsprinzip. Es ist daher äußerst kühn, die Funktionssperre der DGO als seinen Ausdruck zu deuten²⁶. Immerhin liegt aber der Bestimmung des § 67 die Erkenntnis zugrunde, daß die totale Kommunalisierung der Wirtschaft die ökonomische Effektivität beeinträchtigt, daß im bestimmten Umfang die unterstaatlichen Kräfte die geeignetsten Träger des Wirtschaftsgeschehens sind und so eine Arbeitsteilung auf der vertikalen Ebene sinnvoll ist. So rückt § 67 als pragmatische Regel doch in den Zusammenhang des Subsidiaritätsgedankens. Unter diesem Blickwinkel erweist sich die kommunalwirtschaftliche Regel auch offen für einen anderen ideologischen Gehalt. Sie ließ sich daher in Richtung auf das Subsidiaritätsprinzip hin fortentwickeln, wie es etwa Art. 75 BayGO vom 25. Januar 1952 vollzogen hat²⁷. Soweit § 67 DGO als Verwirklichung

²⁶ § 67 DGO wird als Erscheinung des Subsidiaritätsprinzips dargestellt bei: *Dürig*, JZ 1953, 198; *dems.*, M—D, Art. 2 I/Rdnr. 52, Art. 19 III/Rdnr. 47, S. 31 FN 1; *dems.*, BayVBl. 1959, 203; *Nipperdey*, Marktwirtschaft, S. 26; *Frentzel* (FN 23), S. 32/33; *Ipsen*, NJW 1963, 2107; *Gönnenwein* (FN 1), S. 56; *Hamann*, W., Diss., S. 34 ff. (41/50); *Hoppe*, W., DVBl. 1965, 587; *Brügelmann-Ludwig*, HbKWP III, S. 672; *Herzog*, EvStL, Sp. 2270; *Depenbrock*, Stellung, S. 30; *Stern*, BayVBl. 1962, 132 (abw. zu Art. 75 BayGO); *Baptist*, Diss., S. 111/112; *Ackermann*, R., DVBl. 1965, 353; unklar, aber wohl im Ergebnis gleich: *Köttgen*, Daseinsvorsorge, S. 62/64, und DJT- Festschrift I, S. 586, 588, 598.

²⁷ BayBS I, S. 461; vgl. dazu *Masson*, Bay. Kommunalgesetze, Art. 75 GO, und *Zeiß* (FN 1), S. 614. Keine der Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO ist so privatwirtschaftsfreundlich gefaßt wie Art. 75, keine kommt dem Subsidiaritätsprinzip so nahe wie diese Bestimmung. Allerdings ist ihre rechtliche Bedeutung erheblich geschmälert, seit der Bay VerfGH in „verfassungskonformer“ Restriktion die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe dem Geltungsbereich der

der Subsidiaritätsidee gesehen wird, werden deshalb auch zumeist die neuen normativen Gehalte in die alte Regelung zurückprojiziert.

Art. 75 BayGO übernimmt die Konkurrenzkriterien von § 67 DGO, verlangt aber nicht nur die „Rechtfertigung“, sondern auch das „Erfordernis“ durch den öffentlichen Zweck (Art. 75 I 1) und läßt es für die Sperrwirkung genügen, daß der Zweck „ebenso“ gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden könne (Art. 75 I 3). Wirtschaftsunternehmen aus dem Bereich des Kultur- und Fürsorgewesens sind nicht mehr, wie § 67 II DGO es vorsah, von vorneherein von der Konkurrenzsperrung befreit. Ausdrücklich läßt Art. 75 II den Schutzzweck der Funktionssperre hervortreten: Selbständige Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie sollen nicht durch gemeindliche Wirtschaftsunternehmen wesentlich geschädigt oder von ihnen aufgesogen werden²⁸. Die wirtschaftliche Freiheit der Privaten stellt also einen Eigenwert dar. Das Verfassungsrecht stellt überdies die Gemeinden in einen neuen Rahmen und läßt damit auch die Funktionssperre in einem anderen Licht erscheinen: Die Gemeinden werden als vorstaatliche, „ursprüngliche“ Selbstverwaltungsträger anerkannt und dienen nun dem Aufbau des Gemeinwesens „von unten nach oben“²⁹. In dieser Weiterbildung sind die wesentlichen Momente fortgefallen, die § 67 DGO vom Subsidiaritätsprinzip geschieden hatten. Die kommunalwirtschaftsrechtliche Funktionssperre kann in der veränderten Gestalt als eine Konkretisierung der Subsidiaritätsidee erscheinen.

Funktionssperre entzogen hat (*VerfGH* 10, 113, 122). Nach *Glaser* (Diss., S. 65/66) ist einzig in Art. 75 I 3 BayGO das Subsidiaritätsprinzip verankert; ähnlich: *Schricker, Tätigkeit*, S. 93.

Die meisten Gemeindeordnungen wiederholen im wesentlichen nur die Regelung von § 67 DGO, so etwa § 89 Nds. GO vom 4. März 1955 (GVBl. Sb. I, S. 126); § 69 NRW GO fordert allerdings über § 67/I 1 DGO hinaus das Vorliegen eines „dringenden“ öffentlichen Zweckes (GO vom 28. Oktober 1952, GS NW, S. 169) — *Peters* (AfK 6, 1967, 21) und *Möller* (Subventionsverwaltung, S. 115, 159) erkennen in § 69 NRW GO das Subsidiaritätsprinzip.

Die Gesetze Hessens, Schleswig-Holsteins und Baden-Württembergs haben dagegen das Kriterium des § 67 I 3 DGO fallen gelassen (§ 98 Hess. GO i. d. F. vom 1. Juli 1960, GVBl. 1960, S. 103; § 82 Schl.-H. GO vom 24. Jan. 1950, GVBl. 1950, S. 25, 119; § 85 Bad.-Württ. GO vom 25. Juli 1955, GBl. S. 129). Allerdings sollte hier die materielle Rechtslage nicht geändert werden: Die Abwägung des § 67 I 3 muß hier schon bei der Frage erfolgen, ob der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt (so *Depenbrock*, FN 26, S. 30); zurückhaltend *Brügelmann-Ludwig*, HbKWP III, S. 672/673). — Dazu o. FN 14.

Über die Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO bieten eine Übersicht *Zeiß* (FN 1), S. 613/617 und *Surén*, Gemeindeordnungen, S. 139 ff. — Zu weiteren kommunalrechtlichen Funktionssperren spezialgesetzlicher Art: *Scholz*, Wesen, S. 165, 173.

²⁸ Vorausgegangen war die ähnliche Formulierung in Art. 153 BV. Die Frage, ob Art. 75 GO subjektive Rechte verleihe und ein Schutzgesetz für die Privatwirtschaft darstelle, ist damit noch nicht beantwortet. Vgl. dazu *BayVGH*, *Urt.* vom 16. 1. 1959, BayVBl. 1959, 90 mit Anm. von *Masson*. Dazu u. § 65.

²⁹ Vgl. Art. 11 II 1, IV BV; vgl. dazu § 24.

e) Für die Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip dem Grundgesetz zugrundeliege, ergeben sich Folgerungen:

- I. In § 67 DGO, den Vorläufer- und Nachfolgebestimmungen sind — trotz verbaler Identität und trotz geschichtlichen Entwicklungszusammenhanges — heterogene Tendenzen zum Ausdruck gelangt: liberalistische und universalistische. Bei der kommunalen Funktionssperre müssen die rechtstechnische Formel und die materiale Zweckordnung, auf welche die Formel bezogen wird, unterschieden werden.
- II. Bezogen auf eine liberale Wirtschaftsverfassung, bildet die Funktionssperre eine sachgerechte Materialisierung der Subsidiaritätsidee — als ergänzende Verwirklichung der Erfordernisse des örtlichen Gemeinwohls durch die kommunale Gebietskörperschaft. Innerhalb der geltenden Bestimmungen stellt Art. 75 I BayGO diesen Ordnungsgedanken am reinsten dar.
- III. Für eine Ausdehnung der kommunalrechtlichen Regelung auf das öffentliche Recht schlechthin ist die Berufung auf Gewohnheitsrecht schon deshalb ausgeschlossen, weil sich in den Kontroversen über diese Frage eine *opinio communis* nicht herausgebildet hat.

Sechster Abschnitt

Begriffliche Abgrenzung und Vorklärungen

Der Inhalt des Subsidiaritätsprinzips ist bereits soweit erschlossen worden, daß er sich von anderen Grundsätzen der Rechtsordnung abheben läßt, die wegen ihres Namens oder wegen ihrer Aussage die Übereinstimmung oder die Verwandtschaft mit ihm erwarten lassen¹.

Die begriffliche Abgrenzung wird den Inhalt des Subsidiaritätsprinzips selbst stärker konturieren. Zugleich wird für die Frage der verfassungsrechtlichen Geltung des Prinzips eine wesentliche Vorklärung erzielt. Das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Fragestellung wäre nämlich schon vorweggenommen, wenn sich nachweisen ließe, daß das Subsidiaritätsprinzip von einem bereits anerkannten Rechtsgebot erfaßt wird. Falls sich dagegen die Subsidiaritätsmaxime als eigenständiges Institut erweisen sollte, so würde wenigstens die Fragestellung eingeengt und verdeutlicht. Zugleich wäre a limine die Gefahr gebannt, daß — unter dem

¹ Die Konfrontation des Subsidiaritätsprinzips mit (wirklich oder scheinbar) verwandten Maximen soll nicht erschöpfend sein. Zum gesellschaftsorganischen Föderalismus s. o. §§ 7, 8; zur Bundesstaatlichkeit s. u. § 49; zum Satz „in dubio pro libertate“ s. u. §§ 56, 59.

Deckmantel einer Homonymie — Begriffe verwechselt und Aussagen vertauscht werden könnten. Die Gefahr einer solchen rechtslogischen *quaternio terminorum* ist bei dem mehrdeutigen, schwer faßbaren Begriff der Subsidiarität besonders groß. Überdies stellen die Unterscheidungsmerkmale erste Markierungen für den Platz dar, den das Subsidiaritätsprinzip im System der öffentlich-rechtlichen Institutionen des deutschen Rechts einnehmen *könnte*.

I. Rechtstechnische „Subsidiaritäts“- Regelungen (Regeln der Gesetzeskonkurrenz)

In der deutschen Rechtslehre erscheinen heterogene Beziehungen unter dem Namen „Subsidiarität“ oder „Subsidiaritätsprinzip“.

1. „Subsidiarität“ bezeichnet im juristischer Sprachgebrauch zunächst eine technisch-formale Relation zwischen Normen. Sie bildet einen Unterfall der sog. Gesetzeskonkurrenz: Einer Vorschrift kommt als „Auffangbestimmung“ nur soweit (hilfsweise) Anwendbarkeit zu, als nicht eine andere (stärkere) Norm Geltung beansprucht. Die „Subsidiarität“ kann die Tatbestands- wie die Rechtsfolgeseite einer Norm ergreifen. Beispiele der ersten Gruppe finden sich beim Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände über demselben Lebenssachverhalt¹, einen Fall der zweiten Kategorie bilden die Regelungen des Gerichtsverfassungsrechts, wonach erst der Rechtsweg zu erschöpfen ist, ehe ein Verfassungsgericht angerufen werden darf².

¹ Zur Subsidiarität im Strafrecht vgl. *Geerds*, F., Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961, S. 179/193.

² Vgl. § 90 II BVerfGG und Art. 47 II BayVfGHG für die Verfassungsbeschwerden nach Bundes- und nach bayerischem Landesrecht. — Eine andere Stufe der verfahrensrechtlichen Subsidiarität behandelt *Dahm*, G., Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen, Tübingen o. J., bes. S. 6/9.

Die Verwechslung dieser rechtstechnischen „Subsidiaritätsregelung“ der Gerichtsverfassung mit dem materiellen Subsidiaritätsprinzip kennzeichnet das Urteil des *Rh.-Pf. VerfGH* vom 18. 11. 1957 (DVBl. 1958, 359) und gestaltet es zu einem Musterbeispiel für eine juristische *quaternio terminorum*: Das Gericht leitet die Notwendigkeit, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg bis zum BVerwG auszuschöpfen, ehe das Landesverfassungsgericht angerufen werden könne, aus dem Subsidiaritätsprinzip ab, das dem Grundgesetz und der Landesverfassung zugrunde liege: dieses verlange, daß übergeordnete Instanzen erst dann tätig werden dürften, wenn die primär zuständigen Instanzen mit der Angelegenheit befaßt oder nicht gewillt oder nicht in der Lage seien, die Angelegenheiten ordnungsgemäß zu regeln.

Das Gericht geht vom materiellen Subsidiaritätsprinzip der Lebensordnungen aus und setzt dieses dann — ohne die *metabasis eis allo genos* zu erkennen — in eins mit der Konkurrenzregel des Gerichtsverfassungsrechts in § 90 II BVerfGG — einer Regel, die auf der Besonderheit der Verfassungsrechtsprechung und der Prozeßökonomie beruht, nicht aber die Daseinsentfaltung „unterer Verbände“ sichern will. Dieses zweite „Subsidiaritätsprinzip“, das der rich-

Diese verschiedenen „Subsidiaritäts“-Regelungen lösen die Konkurrenz von Rechtssätzen³, aber nicht den von Rechtsträgern, sie grenzen Gesetze, aber nicht Lebensräume voneinander ab. Folglich bleiben sie auf der Ebene des rechtstechnischen Instrumentariums⁴. Eine materielle Wertstufung kennzeichnen sie nicht. Mögen sie auch im Einzelfall der gesetzestechnische Ausdruck einer solchen darstellen — ein *notwendiger* Bezug zum materiellen Subsidiaritätsprinzip, das die Staatslehre ausgebildet hat, besteht nicht.

2. Trotzdem wird versucht, eine Verbindung zwischen dem Subsidiaritätsgrundsatz und der Konkurrenzbestimmung des § 839 I 2 BGB herzustellen⁵, nach der bei einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung den Beamten (bzw. seinen Dienstherrn) nur eine (subsidiäre) Ausfallhaftung trifft, wenn andere Ersatzmöglichkeiten vorhanden sind, vor allem wenn der Geschädigte auch einen privaten Schädiger in Anspruch nehmen kann.

Zwischen den Schuldern eines Ersatzanspruchs besteht aber kein Über/Unterordnungsverhältnis, das das Subsidiaritätsprinzip voraussetzt. Das gilt auch dann, wenn der Staat mithaftet, denn unter dem Blickwinkel der Haftung steht er jedem privaten Schädiger gleich⁶. Das ist ein Ergebnis der Fiskustheorie, die im Recht der öffentlichen Ersatzleistungen fortwirkt. Überdies sagt das Subsidiaritätsprinzip nichts über das Einstehenmüssen für die Folgen einer unerlaubten Handlung aus, sondern ordnet nur die Möglichkeit von Handlungsinitiativen.

terlichen conclusio zugrundeliegt, ist also völlig verschieden von dem „Subsidiaritätsprinzip“, das den Obersatz des Syllogismus bildet. — Aus der Sicht einer bundesstaatlichen Subsidiarität ist es im übrigen widersinnig, daß als Folge der juristischen Operation mit dem „Subsidiaritätsprinzip“ einem Bundesgericht der Vorrang vor einem Landesgericht zukommen soll. — Berechtigte Kritik an dieser Entscheidung üben: *Schäfer*, DVBl. 1958, 362; *Lerche*, Übermaß, S. 202, Anm. 158 und VVDStRL 21, 76; *Bernzen*, Diss., S. 91/93; *Glaser*, Diss., S. 39/40.

Bedenklich ist es auch, in Art. 26 Europ. Konvention zum Schutze der Menschenrechte vom 7. 8. 1952 (Vorschaltung des nationalen Rechtswegs, ehe die europäische Kommission angerufen werden kann), den Ausdruck des (materiellen) Subsidiaritätsprinzips zu erblicken (so aber *Süsterhenn*, Gutachten, S. 20).

³ Richtig *BVerwGE* 20, 194 (198) zur Konkurrenz staatlicher Hilfspflichten untereinander. — In der Konkurrenz der Rechtsmethoden sieht *Leisner* (DÖV 1961, 647) eine „Subsidiaritäts“-Folge; wenn er allerdings die „grundsätzliche Subsidiarität“ der Staatsgewalt fordert (ebd., S. 652), wird das materielle Prinzip berührt.

⁴ Zur Unterscheidung rechtstechnischer von rechtsethischen Prinzipien: *Canaris*, Feststellung, S. 94/95. Weit. Nachw. s. u. § 22.

⁵ So *Dürig*, JZ 1955, 525, Anm. 16; *Küchenhoff*, G., RdA 59, 202; *Hamann*, W., Diss., S. 30 ff. *Küchenhoff* und *Hamann* halten sogar § 839 III BGB für einen Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips. Ablehnend: *Glaser*, Diss., S. 41/42, und *Bernzen*, Diss., S. 84/85.

⁶ Die Gleichheit zwischen den Schädigern setzt der BGH in seinem Urteil vom 23. 10. 1958 (MDR 1959, 107 [108]) gerade voraus, wenn er prüft ob § 839 I 2 BGB mit Art. 3 GG vereinbar ist.

Im übrigen erlaubt auch der jeweilige Normzweck keinen Brückenschlag zwischen den verschiedenen Regelungen: § 839 I 2 BGB sollte nach der Absicht des Gesetzgebers die Entscheidungsfreudigkeit des Beamten dadurch heben, daß sein Haftungsrisiko gemindert wurde⁷, und so mittelbar die staatliche Initiative anregen und fördern. Damit wird hier geradezu die Gegenteilstendenz zum Subsidiaritätsprinzip spürbar. — Soweit die ursprüngliche Ratio des § 839 I 2 durch die Überleitung der Amtshaftung auf die Anstellungskörperschaft hinfällig geworden ist, liegt jetzt im wesentlichen nur noch ein anachronistisches Fiskusprivileg vor, das im Subsidiaritätsprinzip sowenig wie in irgendeinem anderen Gesichtspunkt einen Rechtfertigungsgrund findet. Im Gegenteil, das Subsidiaritätsprinzip vermag sogar eine Argumentationsgrundlage dafür abzugeben, um die vorhandenen Bedenken⁸ gegen den Fortbestand des Fiskusprivilegs noch zu vertiefen.

II. Rechtsethische Prinzipien und rechtsorganisatorische Institutionen des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts

1. Übermaßverbot (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit)

Das Übermaßverbot umschließt die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit: die Grundsätze nämlich, daß zur Erreichung eines bestimmten Zieles unter mehreren zur Wahl stehenden Instrumenten nur das mildeste eingesetzt werden und daß das angewendete Mittel zum erstrebten Erfolg nicht „unangemessen“ sein darf¹.

a) Die Nachbarschaft des Übermaßverbotes zum Subsidiaritätsprinzip ist offensichtlich: Beide Regeln stecken dem staatlichen Handeln Grenzen; sie knüpfen an das „Eindringen in einen Rechtsbezirk“ (Lerche)², und zwar vor allem in einen vorstaatlichen Rechtsbezirk, an und schirmen diesen gegen „übermäßige“, ungerechtfertigte Eingriffe ab. Hinter beiden steht als Leitgedanke „So wenig Staat wie möglich“³. Das Übermaßverbot,

⁷ Zu dieser Motivation vgl. *RGZ* 74, 250 (252); *BGHZ* 13, 88 (104); *BGH* (FN 6); *Soergel-Siebert*, BGB, 9. Aufl., Stuttgart 1962, § 839/22. Auf dieses Unterscheidungsmerkmal verweisen auch *Bernzen* und *Glaser* (FN 5).

⁸ Zur Kritik vgl. *Bettermann*, K. A., *JZ* 161, 483; *Esser*, J., *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, S. 897 mit Nachw.; *Soergel-Siebert* (FN 7), § 839/22, 191. — Grundsätzlich zu den Fiskusprivilegien s. u. § 56.

¹ Eine nähere begriffliche Darstellung des Übermaßverbotes bieten: *v. Krauss*, *Verhältnismäßigkeit*, S. 14/4; *Lerche*, *Übermaß*, S. 19/23. Legaldefinitionen: *Bay PAG* v. 16. 10. 1954 (GVBl. I, S. 442) Art. 8 I — Erforderlichkeit, Art. 8 II — Verhältnismäßigkeit.

² FN 1, S. 22/23.

³ *v. Krauss* (FN 1, S. 110) erkennt in diesem Gedanken eine Grundlage des Erforderlichkeitsprinzips. *Dürig* (*JZ* 1953, 199) sieht die Grundsätze der Subsidiarität und der Erforderlichkeit demselben Oberleitsatz entspringen: „Ge-

insbesondere der Grundsatz der Erforderlichkeit, wird deshalb häufig mit dem Subsidiaritätsprinzip gleichgesetzt⁴.

b) Trotzdem bestehen wesentliche Unterschiede. Diese liegen nicht schon im Anwendungsbereich der Grundsätze, etwa darin, daß das Übermaßregulativ auf den Bereich hoheitlicher Eingriffe in Freiheit und Eigentum, der Subsidiaritätsgedanke auf den der öffentlichen Leistungen beschränkt sei. Diese Kriterien sind schon deshalb ungeeignet, die Anwendungsbereiche abzugrenzen, weil für den modernen Interventionsstaat „Eingriff“ und „Leistung“ weithin austauschbare Instrumente geworden sind⁵. Im übrigen sind zwar die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im Polizeirecht, dem klassischen Sektor der Eingriffsverwaltung, ausgeformt worden, aber sie sind über ihren Ursprungsbereich hinausgewachsen und erstrecken sich auch auf die „gewährende“ Tätigkeit des Staates⁶. Auf der anderen Seite ist dem Subsidiaritätsprinzip wohl das Feld der ausschließlichen Staatsaufgaben — in erster Linie solcher Aufgaben, die wesensmäßig den Einsatz des obrigkeitlichen Imperiums fordern⁷ — verschlossen; deshalb bietet auch das Polizeirecht, das durch den hoheitlichen Zwangseingriff geprägt ist, kaum

meinwohlverwirklichung unter Schonung vorhandener außerstaatlicher Substanz.“

⁴ Beispiele für die Bezeichnung des Erforderlichkeits- als Subsidiaritätsprinzip: *Isay*, R., Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 427; *Schmidt*, R., DÖV 1957, 491; *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft, S. 32 (das Subsidiaritätsprinzip als Vorranggrundsatz aber S. 26); *Stern*, DÖV 1961, 330; *Huber*, E. R., Selbstverwaltung, S. 31 (anders aber S. 14); *Küchenhoff*, G., NJW 1968, 435. Ein weiteres Beispiel für Begriffsvertauschung liefert *Küchenhoff*, RdA 1960, 210, 245/246: Er setzt die „Stufentheorie“ im Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377) — eine Materialisierung des Übermaßverbotes — gleich mit der organischen Gesellschaftskonzeption, die dem Subsidiaritätsprinzip zugrundeliegt. Die „Stufen“, die die Intensität des staatlichen Eingriffs in die Berufsfreiheit bezeichnen, werden ebenso angesehen wie die „Stufen“ des hierarchischen Gesellschaftsaufbaus. Mit dieser Prämisse schafft sich *Küchenhoff* die Voraussetzung für seine These, daß die „Verhältnismäßigkeit“ (*Küchenhoff* verwendet diesen Begriff synonym mit „Erforderlichkeit“) in die Subsidiarität „einemünde“ (S. 246). — Umgekehrt erscheint das Subsidiaritätsprinzip unter dem Etikett „Übermaßverbot“ bei *Eppe*, F., Subventionen und staatliche Geschenke, Stuttgart 1966, S. 137/138.

Lerche (FN 1, S. 201) hebt die Eigenständigkeit der Erforderlichkeit gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip hervor: Seine Kritik an der Verwechslung der Grundsätze schießt jedoch über das Ziel hinaus, wenn er in den Ableitungen eines allgemeinen „Subsidiaritätsprinzips“ aus fürsorge- und gemeindewirtschaftsrechtlichen Bestimmungen sachlich nur den Nachweis der Notwendigkeitsmaxime sieht, die „mit dem staatspolitischen Subsidiaritätsprinzip nur mehr den Namen gemein“ habe. *Lerche* verkennt die Übereinstimmung dieser Bestimmungen mit dem Subsidiaritätsprinzip (s. o. § 15).

⁵ Vgl. §§ 26, 34, 44, 45, 58.

⁶ Vgl. *Dürig*, JZ 1953, 199; *Eppe* (FN 4), S. 140. *Lerche*, FN 1, S. 200, 259/281; *Stern*, DÖV 1961, 330; *Becker*, VVDStRL 14, 121/122.

⁷ s. u. § 34.

einen konformen Ansatzpunkt für das Subsidiaritätsprinzip⁸. Dagegen gehören auf den Bereichen, in denen das Subsidiaritätsprinzip Geltung beansprucht (den konkurrierenden Staatsaufgaben), sowohl die Leistung als auch der Eingriff zum Repertoire staatlicher Maßnahmen.

Ein richtiger Ansatz liegt dagegen in Lerches Unterscheidung, daß der Erforderlichkeitsgedanke isolierend-individualisierenden Charakter habe, während das Subsidiaritätsprinzip auf gewachsene oder wachsende Lebenskreise blicke⁹. Der Subsidiaritätsgrundsatz schützt in

⁸ Gerade im *Polizeirecht* ist aber der Gebrauch der Begriffe „Subsidiarität“ und „Subsidiaritätsprinzip“ ungewöhnlich häufig — und ungewöhnlich verwirrend. Folgende Bedeutungen lassen sich unterscheiden:

- a) als Fall der Gesetzeskonkurrenz: „Subsidiarität“ der polizeilichen Generalklausel zu Spezialermächtigungen (vgl. *Drews-Wacke*, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin 1961, S. 141/142).
- b) als Nachrangigkeit der Vollzugspolizei gegenüber der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Gerichte (vgl. *Baur*, F., JZ 1962, 76; *Drews-Wacke*, a.a.O., S. 109, 111, 211; *König*, H.-G., Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Köln 1962, S. 320; *Wiethaupt*, H., ZMR 1961, 1/3; *Scupin*, H. U., HbKW II, S. 610/611).
- c) als Nachrangigkeit der jeweils höheren Behörde in der Verwaltungshierarchie, wie sie etwa in Art. 50 Bay. LStVG v. 17. 11. 1956 (Bay. BS I, S. 327) vorgesehen ist (vgl. *BayVG*, Urt. v. 18. 3. 1964, BayVBl. 1964, 228/229; *König*, a.a.O., S. 182; *Käbb-Rösch*, Bay LStVG, 2. Aufl., München 1967, Art. 50/Rdnr. 1; Einf. Bem. 73/75).
- d) als die Regel, daß die Polizei nicht einzuschreiten brauche, wenn der Einzelne sich selber helfen könne (vgl. *König*, a.a.O., S. 288; *Samper*, R., Kommentar z. bay. PAG, München 1965, Art. 2/55), oder daß die Polizei nicht handeln dürfe, wo der Bürger sich zivilrechtlich wehren könne (vgl. *Wiethaupt*, H., DVBl. 1959, 243).

Während die Bedeutungen a) und b) eindeutig keinerlei Zusammenspiel mit dem Subsidiaritätsprinzip im Sinne dieser Arbeit aufweisen (vgl. §§ 16, 18), bildet die dritte Spielart die Anwendung des Prinzips auf die Behördenhierarchie.

Dagegen bestehen Bedenken, in der Variante d) die Vorrangentscheidung für die Selbsthilfe des Bürgers gegen die polizeiliche Intervention bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sehen. Gerade in diesem Aufgabengebiet ist dem Staat heute die Primärzuständigkeit zugefallen; bei der Ausübung der Polizeibefugnisse leitet ihn, innerhalb der rechtsstaatlichen Bindungen, vor allem die Opportunität im öffentlichen Interesse. Organisierte Selbsthilfe der Bürger ist grundsätzlich schon bedenklich, weil sie das Machtmonopol des Staates bedrohen kann (abgesehen davon, daß sie heute nur noch in wenigen Bereichen, etwa dem örtlichen Feuerschutz, praktikabel ist). Ein normativer Vorrang Privater gegenüber der Polizei scheitert schon daran, daß die gemeinsame Zuständigkeit, die „öffentliche“ Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten, nicht gegeben ist (s. u. § 34).

Eine Berührung mit dem Subsidiaritätsprinzip ist allenfalls soweit gegeben als die sicherheitsrechtlichen Maximen unter d) das Verbot überflüssiger Polizeiaktionen (im Sinne von Art. 6 Bay PAG) wiedergeben. Aber letztlich werden hier dem Zugriff der Polizei im wesentlichen nur die Fälle entzogen, in denen zunächst nur *private* Interessen auf dem Spiele stehen, die *öffentliche* Ordnung nicht gefährdet oder gestört ist, — Fälle, die außerhalb des polizeilichen Aufgabenbereichs liegen, in denen auch eine „subsidiäre“ polizeiliche Kompetenz fehlt.

⁹ FN 1, S. 201/202.

erster Linie objektive Lebensbereiche in einem sozialen Instanzenzug und nur mittelbar die einzelnen Glieder der Bereiche¹⁰. Aus dem Blickwinkel der höheren Einheit wird das Verhältnis zur Gesamtheit der unteren Instanzen geordnet, während das Übermaßverbot mehr aus der Sicht des Einzelnen die Belastungen auf das „zumutbare“ Maß begrenzen will. Ein Gebot zu normativer Individualisierung ist dem Subsidiaritätsprinzip jedenfalls nicht zu entnehmen. Dürig¹¹ leitet aus dem Übermaßverbot das „Wie“, aus dem Nachranggrundsatz das „Ob“ des Verwaltungshandelns ab. Obwohl auch diesem Kriterium die Trennschärfe fehlt¹², weil sich jedenfalls das Subsidiaritätsprinzip auf beide Fragestellungen bezieht, so weist es doch die Richtung, in der die Lösung zu gewinnen ist: Der Übermaßgedanke mißt die geeigneten Mittel an einem vorgegebenen Zweck. Die Legitimität des Zwecks selbst läßt er dahingestellt sein. Gerade auf dieser Ebene aber setzt das Subsidiaritätsprinzip ein. Es wirkt primär auf der Ebene der Zwecke, wenn es die optimale Entfaltung der jeweils unteren Einheit proklamiert¹³. Das Übermaßverbot setzt bereits einen Maßstab voraus, der Zweck und Mittel umgreift und die Relation erkennen läßt, was „milder“ und was „angemessener“ ist¹⁴. Das Subsidiaritätsprinzip liefert einen solchen Maßstab: im Leistungsvorrang nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit. — Da das Subsidiaritätsprinzip nur ergänzende Interventionen zuläßt, gibt es folgerichtig den Weg nur für notwendige und verhältnismäßige Maßnahmen frei. Wenn es auch in erster Linie Zweck und Maßstab bildet, so umschließt es also auch auf einer zweiten Stufe das Übermaßverbot in einer bestimmten Anwendungsform¹⁵. Erst in Verbindung mit dem Übermaßverbot wird das Gebot subsidiärer Zweckverwirklichung normativ effizient.

¹⁰ s. u. §§ 57, 65.

¹¹ JZ 1953, 199; ähnlich Schütz, Diss., S. 93.

¹² Vgl. auch Lerche, FN 1, S. 201, Anm. 157.

¹³ Das erkennt Bernzen (Diss., S. 93), der nicht nur dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern auch dem Subsidiaritätsprinzip den Bezug auf den Zweck abspricht.

¹⁴ Zutreffend: v. Krauss (FN 1), S. 14; Lerche (FN 1), S. 19; Schnur, VVDSrRL 22 (1965), S. 133, FN 83.

¹⁵ a. A. Lerche (FN 1), S. 200/202; er leugnet jede begriffliche Verbindung von Erforderlichkeits- und Subsidiaritätsgrundsatz, obwohl er einräumt, daß aus einzelnen Normierungen des „politischen Bekenntnisses“ zur Subsidiarität sich Folgerungen für die Ausprägung des Erforderlichkeitsgedankens ergeben können. Ähnlich Scholz, Wesen, S. 167. s. o. § 15, s. u. §§ 56, 59.

Ein Nebeneinander beider Prinzipien enthält das Gesetz über die *Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft* vom 22. 12. 1959 (BGBl. I, S. 785): § 1 II konkretisiert das Subsidiaritätsprinzip, § 1 III das Erforderlichkeitsgebot für den Bereich der staatlichen Wirtschaftslenkung. Gass (DÖV 1960, 778/781) faßt unter dem Oberbegriff „Verfassungsgrundsatz des Mindesteingriffs“ die Grundsätze der „Proportionalität“ und der „Subsidiarität“ des Zwangs zusammen. Gerade hier werden Subsidiaritätsprinzip und Erforderlichkeitsgrundsatz nicht deutlich voneinander abgehoben.

Das Übermaßverbot als solches läßt sich auf jede mögliche Zweck-Mittel-Relation beziehen, ist somit formal¹⁶, während das Subsidiaritätsprinzip selbst eine inhaltliche Grundentscheidung umschließt; der materiale Gehalt, der dem Grundsatz bei aller Abstraktheit eigen ist, wird gerade bei dieser Gegenüberstellung sichtbar.

Die Abstraktheit dagegen macht das Subsidiaritätsprinzip in seiner ersten Stufe notwendig von normativen Konkretisierungen abhängig; diese schaffen die Brücken zu den Lösungen der Einzelfälle. Somit ermöglicht die Subsidiaritätsregel noch nicht selbst den unmittelbaren Subsumtionsschluß, sie ist kraft ihres Wesens weniger *lex* als *ratio legis*¹⁷ — im Gegensatz zum Übermaßverbot, das ohne Zwischenschaltung einer weiteren Normstufe anwendbar ist und daher vollnormativen Charakter hat¹⁸.

2. Horizontale Gewaltenteilung

Das Subsidiaritätsprinzip als Zuständigkeitsregulativ fordert den Vergleich mit der klassischen Zuständigkeitsmaxime des Rechtsstaates heraus: dem Grundsatz von der Dreiteilung der Staatsgewalten, wie ihn die Doktrin in der Folge Lockes und Montesquieus herausgebildet hat¹⁹.

a) Vordergründig erscheint zunächst der Unterschied in den Anwendungsbereichen: Die Gewaltenteilung bestimmt die Organisation *innerhalb* der Staatsgewalt — der Subsidiaritätsgedanke aber wirkt in erster Linie *außerhalb* des Staates und *gegen* den Staat und strebt danach, den ganzen Raum zwischen den Individuen und dem höchsten Gemeinwesen zu gestalten. Diese erste Gegenüberstellung als innerstaatliches Organi-

¹⁶ So *Lerche* (FN 1, S. 81, 316/317) und *Schnur* (FN 14, S. 133 FN 83).

¹⁷ Nach den Kategorien von *Larenz* (Festschrift für Nikisch, S. 300) ist sie Rechtsprinzip und nicht Rechtsgrundsatz.

¹⁸ So *Lerche* (FN 1), S. 316. Vgl. u. §§ 59, 63.

¹⁹ Die Begriffe „Gewaltenteilung“ und „Gewaltentrennung“ werden hier, dem üblichen Sprachgebrauch entsprechend, synonym verwendet.

Wichtige Darstellungen der Dreiteilungslehre in der jüngeren staatsrechtlichen und staatsrechtlichen Literatur: v. *Hippel*, Die Gewaltenteilung im modernen Staate; *Peters*, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht; *Jahrreiß*, H., Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Festschrift für Nawiasky, S. 119/139, mit Bibliographie S. 119/120; *Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 31/49; *Imboden*, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959; ders., Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit, in: *Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates*, Wien 1965, S. 37/53; *Krauss*, G., Die Gewaltengliederung bei Montesquieu, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 103/121; *Weber*, Werner, Festschrift für Carl Schmitt, S. 253/272, mit Nachw. (vor allem S. 260, FN 15); ders., HDSW 4, S. 497/502; *Kägi*, Festschrift für Hans Huber, S. 151/173; *Krüger*, Staatslehre, S. 867/870; *Wolff*, H. J., Verwaltungsrecht I, §§ 16/20; *Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 133/137; *Hahn*, JöR n. F. 14 (1965), 15/44; weit. Nachw. bei *Sturm*, G., Die Inkompatibilität, München 1967, S. 12/48. Zur Geschichte der Gewaltenteilung: *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt.

sationsschema und als umfassendes Sozialordnungsprinzip ist noch ungenügend, da sie offen läßt, ob hier nicht in verschiedenen Bereichen gleiche oder vergleichbare Ordnungsvorstellungen wirken.

Der Grundgedanke der Gewaltenteilungslehre ist die Forderung, daß die Ausübung der als einheitlich verstandenen²⁰ Staatsgewalt mehreren Organen anvertraut werden müsse. So fragwürdig, wie der Grundsatz in der staatsrechtlichen Wirklichkeit auch geworden sein mag²¹, wo die Regel unter der Vielzahl der Durchbrechungen und Überschneidungen fast verschüttet ist, so rechtfertigt sich das Prinzip jedenfalls in der Staatstheorie dadurch, daß es sich an spezifischen Funktionen orientiert, die jeweils bestimmten „Gewalten“ vorbehalten bleiben sollen. Das Verteilungskriterium ist also die sachliche Unterschiedenheit der Tätigkeiten — das Subsidiaritätsprinzip setzt gerade deren Übereinstimmung voraus. Gewaltentrennung ist ein System ausschließlicher, Subsidiarität ein System konkurrierender Kompetenzen. Während die Dreigliederung unentziehbare „Kern“-Zuständigkeiten²² bestimmten Organen in einer statischen Verfassung zuerkennt, fehlt dem Subsidiaritätsprinzip der feste Anknüpfungspunkt spezifischer „Kern“-Gewalten; es kann nur die Ausübung der Zuständigkeiten von Bedingungen abhängig machen, vermag also nur eine elastische Ordnung, ein gleitendes Gefüge ins Leben zu rufen.

b) Gewaltenteilung fordert ein institutionelles und personelles *Nebeneinander*²³. Dagegen kennzeichnet die subsidiäre Sozialverfassung gerade das persönliche und institutionell verschachtelte *Ineinander* der Einheiten, das Auseinander-Hervorwachsen der Lebenskreise. Die Ebene der Gewaltenteilung ist die Koordination, ihre Aufgabe liegt in der Balancierung der Kräfte; die Ebene des Nachranggrundsatzes ist die Unterordnung, seine Aufgabe besteht darin, einer Macht (und zwar der jeweils untergeordneten) das Übergewicht zu verleihen. Soweit also im Koordinationsbereich irgendwelche Vorrang- oder Ersatzzuständigkeiten zwischen den Staatsorganen bestehen sollten (wie es für das Verhältnis der Legislative zu den rechtsanwendenden Gewalten behauptet wird)²⁴, leiten sie sich nicht aus dem Subsidiaritätsprinzip ab.

²⁰ Vgl. dazu bei Krüger (FN 19), S. 867/869, 945, und Imboden, Montesquieu (FN 19), S. 7/14.

²¹ Zu der Frage, ob der Gewaltenteilungsgedanke Montesquieus heute noch staatsrechtliche Aktualität aufweist: Küster, AöR 75 (1949), 398/412; Hahn, JöR n. F. 14 (1965), 15/44, bes. 31 ff.; Hesse, Grundzüge, S. 178/211; v. Hippel (FN 19), S. 8/35; Peters (FN 19), S. 10/23 und passim; Weber, W., Festschrift für Carl Schmitt, S. 260/270; ders., Spannungen und Kräfte, S. 57/58. Zurückhaltender, eine „Bilderstürmerei“ (Loewenstein) vermeidend: Loewenstein (FN 19), S. 39/49 (Zitat S. 40); Obermayer (FN 19), S. 134/135.

²² Vgl. Obermayer (FN 19), S. 135/137; Maunz-Dürig, Art. 20/Rdnr. 81.

²³ Eine Hierarchie zwischen den drei Gewalten (vor allem im Sinne einer Überordnung der demokratischen Legislative) wird abgelehnt von Hamann (Grundgesetz, Einf. S. 41/43) und Schneider, P. (AöR 82, 157, 11).

²⁴ So etwa von Hildegard Krüger (Art. 6 Abs. 5 GG ein Programmsatz? DÖV

c) Die Dreiteilung der Staatsfunktionen darf nicht als organisatorischer Selbstzweck oder als ausschließlich rechtstechnisches Mittel zu zweckmäßiger Arbeitsteilung mißverstanden werden²⁵: Durch Teilung der Machtausübung unter den Staatsorganen soll die Macht auch nach außen begrenzt und gebändigt, soll dem Individuum damit ein Freiheitsraum abgesichert werden — diese liberalistische Rechtfertigung der Gewaltentrennung²⁶ scheint der personalistischen des Subsidiaritätsprinzips nahezukommen, die von der freien Entfaltung der Einzelnen ausgeht. Jedoch erscheint der Staat mit seinen Organen aus der Sicht der Gewaltenteilung nur als der potentielle Gegner der bürgerlichen Freiheit, nicht aber auch als ihr Teilhaber²⁷. Das Subsidiaritätsprinzip aber sieht die Verbände nicht nur als Bedrohung ihrer Glieder, sondern auch als Medien individueller Freiheit. In abgestufter Folge partizipieren somit die transpersonalen Einheiten an dem personalen Grundwert des Ordnungssystems. Das Subsidiaritätsprinzip schützt die Entfaltung der Verbände „nach oben“ ebenso, wie es sie „nach unten“ beschränkt. Ist die Gewaltenteilung für das Individuum ein Instrument, um seinen status negativus gegen den Staat abzusichern, so erschließt das Subsidiaritätsprinzip darüber hinaus auch einen Weg, um den Einzelnen in die Zusammenhänge größerer Gemeinschaften einzubeziehen.

1957, 356 [359/361]): unter (stillschweigender) Identifizierung von horizontaler Gewaltenteilung und vertikalem Subsidiaritätsprinzip leitet sie den („subsidiären“) Pflichtenübergang von der gesetzgebenden Gewalt auf die vollziehende und richterliche aus dem Subsidiaritätsprinzip ab. — Irreführend ist auch das Wort „Subsidiaritätsprinzip“ für die Beziehungen zwischen der Vollzugspolizei auf der einen und der Justiz und der allgemeinen inneren Verwaltung auf der anderen Seite (Nachw. s. o. § 17, FN 8).

²⁵ Vgl. die berechtigte Kritik Böckenfördes (FN 19, S. 253) an Georg Jellineks Versuch (Allgemeine Staatslehre, S. 608, 614/615), die Bedeutung der Gewaltenteilung auf die einer sinnvollen Spezialisierung herabzuschrauben.

²⁶ Besonders pointiert gibt v. Hippel (FN 19, S. 10) diesen Gedanken wieder: Er vergleicht das Individuum mit der Märchenfigur des tapferen Schneideleins, das die (staatlichen) Riesen zum Kampf gegeneinander verlockt, um selbst vor ihnen sicher zu sein.

Vgl. im übrigen zur liberalistischen Legitimation der Dreiteilung der Gewalten: Schmitt, Carl, Verfassungslehre, S. 125/129, 182/187; Peters (FN 19), S. 8, 23 und passim; Küster, AöR 75 (1949), 401/404; Weber, Werner, Festschrift für Carl Schmitt, S. 255 und HDSW 4, S. 499; Schneider, Peter, AöR 82 (1957), 213; Imboden, Montesquieu (FN 19), S. 11, und Gewaltentrennung (FN 19), S. 39/41; Kägi (FN 19), S. 157 und passim; Hahn, JöR n. F. 14 (1965), 27/29; Ebke, Diss., S. 8/13 mit weit. Nachw. — s. im übrigen die Nachweise zu 3. (Vertikale Gewaltenteilung).

²⁷ Der Dualismus Staat — Individuum wird auch dort nicht aufgehoben, wo die Dreiteilung im demokratischen Sinne gedeutet, etwa mit Werner Weber, (Festschrift für Carl Schmitt, S. 254/260) als politisches Phänomen erkannt wird: als Entscheidung über die Teilhabe an der Macht. Denn die politische Macht erscheint auch hier als das Gegenelement der bürgerlichen Freiheit, nicht als ihr Ausfluß auf der Ebene der Staatlichkeit.

3. Vertikale Gewaltenteilung

a) In größere Nähe zum Subsidiaritätsprinzip rückt der Grundsatz der vertikalen Gewaltenteilung: dieser erfaßt die Streuung der Herrschaftsbefugnisse auf der Ebene der Über- und Unterordnung zwischen Zentral- und Gliedstaaten, zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung sowie zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Kräften. Der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung findet sich in den verschiedensten sozialphilosophischen, staatsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Verknüpfungen. Als Rechtfertigungsgrund des feudalistischen Gefüges erscheint er bereits bei Montesquieu²⁸. Als Ordnungsmoment durchwirkt er die organisch-föderalistischen Lehren²⁹. Heute soll er den Effekt des modernen Verbände-Pluralismus in der Massendemokratie kennzeichnen³⁰, die Selbstverwaltung legitimieren³¹ und der Bundesstaatlichkeit einen neuartigen Sinn unterschieben³².

²⁸ Das Motiv klingt an bei der Würdigung der *pouvoirs intermédiaires* (*Esprit des lois*, livre II, chapitre IV): „Abolissez dans une monarchie les prérogatives des seigneurs, du clergé, de la noblesse et des villes, vous aurez bientôt un État populaire, ou bien un État despotique.“ — In der Feudalverfassung sieht auch *Max Weber* (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Hbd., S. 175, 201, 204, 2. Hbd., S. 806) ein gewaltenteilendes Moment.

²⁹ s. die Darstellung der föderalistischen Lehren o. §§ 7, 8 (besonders zu *Hegel und Frantz*) und u. § 29.

³⁰ Die Verbände-Oligarchie erscheint als Mittel und (oder) Wirkung der Gewaltenteilung bei *Werner Weber*, *Spannungen*, S. 26/27, 40/64; dems., *Festschrift für Carl Schmitt*, S. 261, 270; dems., *Der Staat und die Verbände*, S. 23; dems., *HDSW* 4, 500, 501; *Peters*, *VVDStRL* 11 (1954), 193; dems., *Gewaltentrennung*, S. 31/34; *Kaiser*, *Repräsentation*, S. 338/339, 359; *Scheuner*, *Festgabe für Smend*, S. 280, FN 69; *Krüger*, *Die öffentlichen Massenmedien*, S. 88; *Lerche*, *Verfassungsfragen* (S. 33: die unterschiedliche Legitimation staatlicher und gesellschaftlicher Funktionen als moderne Gewaltenteilung); *Küster*, *AöR* 75 (1949), 413 (*Gewerkschaften und Kirchen als Faktoren der Gewaltenteilung*). *Kägi* (*Festschrift für Huber*, S. 170) stellt das Wirken der sozialen Gewalten als Problem für die Lehre der Gewaltenteilung dar. Vgl. auch *v. Hippel*, *Gewaltenteilung* (s. u. § 28).

³¹ Die Dezentralisierung erscheint als Instrument der Gewaltenteilung bei: *Kägi* (FN 30), S. 169; *Peters*, *Gewaltentrennung*, S. 26/31; *Wolff*, H. J., *Verwaltungsrecht I*, § 16 III, c) 2 („dezentralisierende Gewalt-Teilung“); *Weber*, *Werner*, *Festschrift für Carl Schmitt*, S. 267, 268; *Bachof*, *VVDStRL* 12 (1954), S. 49; *Salzwedel*, *VVDStRL* 22 (1965), S. 232, 261; *Geiger*, *BayVBl.* 1964, 112; *Lerche*, *Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft als Verfassungsproblem*, S. 14/18; *Gasser*, *Gemeindefreiheit*, S. 198; *Leisner*, W., *Die Unvereinbarkeit von öffentlichem Amt und Parlamentsmandat*, Wiesbaden 1967, S. 34/35.

³² Als Rechtfertigungsgrund des Bundesstaates wird die vertikale Gewaltenteilung herangezogen von: *Schmitt*, *Carl*, *Verfassungslehre*, S. 389; dems., *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, S. 53; *Forsthoff*, *Die öffentliche Körperschaft*, S. 34; *Weber*, *Werner*, *Spannungen*, S. 73, 95; dems., *Festschrift für Carl Schmitt*, S. 267, 268; dems., *HDSW* 4, S. 501/502; *Kägi*, *Vom Sinn des Föderalismus*, S. 55/57; dems., *Schweizer Monatshefte* 39 (1959/60), 687; dems. (FN 30), S. 169; *Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, S. 27/31; dems., *Grundzüge*, S. 91/92, 104, 105; dems., *EvStL*, Sp. 216, 220 (nach Hesse liegt im Bundesstaat eine Gewaltenteilung sowohl auf horizontaler als auch auf vertikaler Ebene); *Kaiser* (FN 30), S. 359; *Friedrich*, C. J., *Der Verfassungsstaat der*

b) Vertikale Gewaltenteilung und Subsidiaritätsprinzip haben das Anwendungsfeld gemeinsam: in der umfassenden sozialen Gewaltenhierarchie, die durch die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft nicht unterbrochen wird. In ähnlicher Weise knüpfen beide Grundsätze an eine vorhandene Vielzahl von Zuständigkeitsträgern an, über deren Binnenstruktur sie keine Aussage machen. Gemeinsam ist schließlich die Anknüpfung an verschiedene Sachaufgaben und Lebensordnungen des sozialen Instanzenzugs, nicht aber an spezifische Funktionen und Verfahrensweisen, wie es beim Gliederungsprinzip Montesquieus der Fall ist³³. Vertikale Gewaltenteilung und Subsidiaritätsprinzip halten sich — ähnlich wie einige Spielarten des gesellschaftspolitischen Föderalismus — auf solcher Abstraktionshöhe, daß aus ihrer Sicht die jeweiligen Eigentümlichkeiten der staatlichen und gesellschaftlichen Gewalten vernachlässigt, ihre Unterschiede relativiert werden³⁴.

Neuzeit, Berlin 1953, S. 254/255; Loewenstein, Verfassungslehre, S. 295/302; Peters, Gewaltentrennung, S. 24/25; Wolff, H. J. (FN 31); Ritter von Lex, Festschrift für Nawiasky, S. 240; Zeidler, Maßnahmegesetz, S. 203/204; dems., AöR 86 (1961), 387/388; Geiger, BayVBl. 1964, 111; dems., Mißverständnisse, S. 31; Neunreither, Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung, Heidelberg 1959, S. 125, 128 und passim; Schmidt, Walter, AöR 87 (1962), 258/270; Süsterhenn, Föderalistische Ordnung, S. 29/30; Köttgen, Deutsche Landesreferate, S. 289/290; dems., Fondsverwaltung, S. 38/53; Hahn, JöR n. F. 14 (1965), 21/22; Zacher, VVDStRL 21 (1964), 130/131; Nyman, Der westdeutsche Föderalismus, S. 200/201; Ebke, Diss. (bes. S. 29/59).

Kritisch zur Synthese von Gewaltenteilung und Bundesstaat: Scheuner, DÖV 1962, 245/246; ders., VVDStRL 21 (1964), S. 122/123; Lerche, VVDStRL 21 (1964), S. 78/83; Kaiser, VVDStRL 21 (1964), S. 121/122; Harbich, Bundesstaat, S. 154.

Die „umfassende“ Gewaltenteilung, die die horizontale wie vertikale Ebene in allen (staatlichen und gesellschaftlichen) Instanzen erfaßt, wird proklamiert von: Kügi, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Festschrift für Huber, S. 151/173; Peters, Gewaltentrennung, S. 23/34; vgl. auch Werner Weber (FN 30, 31, 32).

³³ Max Weber (FN 28, 2. Hbd., S. 806) meint, daß die Gewaltenteilung, die im Feudalismus gelegen habe, eine „einfach quantitative Teilung der Herrenmacht“ gewesen sei und nicht eine „arbeitsteilig-qualitative“ wie diejenige Montesquieus.

³⁴ Daß die vertikale Gewaltenteilung kein Spezifikum des Bundesstaates deutlich machen kann, stellt Lerche zu Recht fest (VVDStRL 21, 1964, S. 80). Daß auch das Subsidiaritätsprinzip die bundesstaatlichen Besonderheiten nicht darzustellen vermag, ist h. M.: Nawiasky, SRdSch 42 (1942/43), 220/225; Stadler, Subsidiaritätsprinzip, S. 164 und passim; Süsterhenn, Festschrift für Nawiasky, S. 152; ders., Föderalistische Ordnung, S. 39; Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 3; ders., Grundzüge, S. 87; Zacher, VVDStRL 21 (1964), 130.

Der Gesichtspunkt, daß die über den bundesstaatlichen Bereich hinausgreifende föderalistische Idee die Stellung der Gliedstaaten gegenüber den Gemeinden und anderen Verbänden nivelliert, wird hervorgehoben von Nawiasky, SRdSch 42 (1942/43), S. 220/225; dems., SRdSch 45 (1945/46), S. 803, 806; Stadler, a.a.O., S. 164; vgl. auch Hesse, EvStL, Sp. 216.

Diese Übereinstimmungen scheinen es zu rechtfertigen, im Subsidiaritätsprinzip eine Form oder eine Grundlage vertikaler Gewaltenteilung zu erblicken³⁵.

c) Doch gerade das *tertium comparationis*, das den Namen Gewaltenteilung für zwei verschiedene Strukturbilder ermöglicht, weist auf Unterschiede zum Subsidiaritätsprinzip hin — die Idee des Herrschaftspluralismus um der Freiheit des Individuums willen. Der individualistische Ansatz der Gewaltenteilung ist verwandt, aber nicht identisch mit dem personalistischen der Subsidiarität. Wohl bildet die Freiheit des Einzelnen den Grundwert aller drei Ordnungsgedanken. Aber die beiden Arten der Gewaltenteilung beruhen auf der Entgegensetzung von Herrschaft und Freiheit, schließen die Träger der Gewalt von der Teilhabe an der Freiheit aus und erschöpfen sich im „*Divide et impera*“ des Individuums³⁶. Die intermediären Gewalten bilden hier nur Mittel zur Erreichung des liberalen Staatszwecks. Der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung weist auf eine mechanistische Staatsauffassung hin. Er bietet seine legitimierende Kraft gerade solchen Institutionen an, die sich aus geschichtlichen oder charismatischen Ursprüngen³⁷ nicht mehr zulänglich rechtfertigen lassen: Wo das selbstzweckhafte Eigenrecht einer Gemeinschaft fragwürdig geworden ist, soll wenigstens ein anerkannter Instrumentalwert das Daseinsrecht stützen³⁸. Der Unterschied der vertikalen Gewaltenteilung von der Subsidiarität verläuft da, wo auch die Grenze zwischen vertikaler Gewaltenteilung und Föderalismus zu ziehen ist, wenn man den Föderalismus mit Lerche³⁹ zunächst als Ergebnis der politischen Ökonomie versteht: hie Mäßigung und Beschränkung — hie Ausgemessenheit und Wohlverteilung der Macht⁴⁰.

³⁵ So *Süsterhenn*, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Festschrift für Nawiasky, S. 141/155; (S. 142 erscheint das Subsidiaritätsprinzip als „Norm für die vertikale Gewaltenteilung“). — Ablehrend *Ebke*, Diss., S. 52/54 (s. u. FN 42).

³⁶ s. o. zu 2. (Horizontale Gewaltenteilung). *Kägi* bezeichnet die föderalistische Ordnung im Hinblick auf die vertikale Gewaltenteilung geradezu als die „Staatsform des Widerstandes“ (Schweizer Monatshefte 39, 1959/60, 687).

³⁷ Vgl. die Arten der Legitimation nach *Max Weber* (FN 28), 1. Hbd., S. 157/222.

³⁸ *Kaiser* (VVDS^tRL 21, 1964, S. 121/122) und *Scheuner* (ebd., S. 122) weisen darauf hin, daß die Rechtfertigung des Bundesstaates aus der Gewaltenteilung der Versuch sei, die bundesstaatliche Ordnung zu legitimieren, wo die eigentliche territoriale und geschichtliche Verwurzelung (zum Teil) abgestorben sei und daß die territoriale Legitimation dem Bundesstaat auf diesem Wege gerade entzogen werde.

Hier liegt ein Grund für die Wirkung des Gewaltenteilungsarguments in Deutschland nach 1945 (s. u. § 29). *Werner Weber* prägte hier das Wort vom „gewaltenteilenden Formalföderalismus“ (Spannungen, S. 73).

³⁹ VVDSt^rRL 21 (1964), S. 81 und passim.

⁴⁰ Vgl. *Lerche* (FN 39), S. 83.

d) Die Zielsetzung der Gewaltenteilung — die *größtmögliche* Dezentralisierung — und die der Subsidiarität — die *bestmögliche* Dezentralisierung — wirken zwar zumeist in die gleiche Richtung, doch können sie auch in Widerstreit zueinander geraten⁴¹. Auch decken sich die Ordnungsbilder eines vertikalen Pluralismus nicht in den Zuständigkeitsregelungen. Die Gewaltenteilung schweigt darüber, wie die aufgesplitterten Kompetenzen harmonisiert werden sollen — hier aber setzt die Aussage des Subsidiaritätsprinzips gerade ein. Dagegen verhält sich das Subsidiaritätsprinzip gleichgültig gegenüber der politischen Leitidee der „checks and balances“⁴²: Der Gedanke wechselseitiger Kontrolle der Gewalten ist dem Subsidiaritätsprinzip seines völlig unpolitischen Charakters wegen fremd. Das Gleichgewicht der sozialen Einheiten genügt dem Ideal der Subsidiarität nicht, da es das Übergewicht der unteren Einheit vorsieht. Eine Balance kann allenfalls darin gesehen werden, daß ein Plus an Tätigkeit beim kleineren Verband ein Minus an Macht kompensieren soll.

e) Der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung enthält überhaupt keine normative Aussage — es sei denn, man wertet das formale Gebot, die Kompetenzen zu streuen und ein System von Kontrollen und Gegengewichten zu schaffen, schon als eine solche. Dieses Argument beschreibt den (von der Rechtsordnung her wünschbaren) tatsächlichen Effekt des Gewaltenpluralismus, darüber hinaus bildet es einen möglichen Gesetzeszweck⁴³, ein Gesetz selbst umschließt es aber nicht. Der Gewaltenteilungs-Topos mag sich daher deshalb dazu eignen, um normative Organisationsprinzipien wie Dekonzentration, Dezentralisation und Selbstverwaltung

⁴¹ Ein Beispiel für einen solchen Konflikt glaubt *Zacher* zu erkennen (VVdStRL 21, 1964, S. 131).

⁴² „Checks and balances“ werden von der vertikalen Gewaltenteilung zwar gefordert, jedoch nicht um Maßstäbe und Leitbilder angereichert. Hier bedarf es des Rückgriffes auf andere Ordnungssysteme, etwa das bundesstaatliche (dazu *Ebke*, Diss., S. 45/55; *Hesse*, Grundzüge, S. 91, 185).

Wenig glücklich ist der Versuch *Ebkes* (Diss., S. 53/54), die These zu beweisen, das Subsidiaritätsprinzip eigne sich nicht als Grundlage einer föderativen Gewaltenteilung, weil es bei der Zuständigkeit den Gedanken der Gewaltenbalance nicht berücksichtige und es zulasse, daß bei einer Veränderung der Lage dem größten Verband die ganze Macht zuwachse. Eine Zuständigkeitsverteilung, die dem Zentralstaat die Kompetenzen abspricht, die allein er bewältigen kann, mag zwar die staatliche Tätigkeit wirksam hemmen, läßt aber ein solches Zerrbild des Föderalismus entstehen, daß die Machtlabilität auch die Gewaltenbalance aufhebt. Dagegen wird das richtige Unterscheidungskriterium von *Zacher* hervorgehoben (FN 41).

Daß umgekehrt der Gleichgewichtsgedanke innerhalb der Bundesstaatlichkeit höchst fragwürdig ist, hat *Lerche* (FN 32), S. 80/83, nachgewiesen. Trotzdem hat sich das Grundgesetz gerade gegen einen hegemonialen Bundesstaat (Bismarck'scher Prägung), für einen „ausgewogenen“ Föderalismus entschieden (vgl. *Harbich*, FN 32, S. 152 mit einem Hinweis auf ein unveröffentlichtes Gutachten *Lerches*).

⁴³ Die deutliche Unterscheidung von Wirkung und Motiv bringt *Harbich*, FN 32, S. 154 Anm.

zu begründen, sogar um föderalen Bildungen ein liberales Siegel aufzudrücken⁴⁴, aber einen selbständigen materialen Aussagewert für den Staatsaufbau enthält er nicht. In diesem geringen Aussagewert unterscheidet er sich gleichermaßen vom Subsidiaritätsgrundsatz wie von der klassischen Dreiteilung: Mögen diese Prinzipien auch nicht unmittelbar anwendbare Rechtssätze darstellen, so bilden sie doch die Grundlage, von der sich materiale normative Folgerungen ableiten lassen.

Letztlich reicht auch das Argument der vertikalen Gewaltenteilung nicht in jene ideologischen Tiefen, aus denen das Subsidiaritätsprinzip seine Daseinskraft erhält.

4. Dezentralisation

a) Dezentralisation bezeichnet die „Tendenzen, die einen möglichst großen Teil der Funktionen der Gemeinschaft von ihrem eigentlichen Mittelpunkt möglichst weit weg anderen Stellen übertragen wollen, die mit dem übergeordneten Zentrum in einem nur loseren Zusammenhang stehen“ (Peters)⁴⁵. Dieser Begriff wird heute überwiegend auf das Verhältnis des Staates zu rechtlich verselbständigten Verwaltungsträgern, die unter seiner Aufsicht verblieben sind, eingeeengt (mittelbare Staatsverwaltung)⁴⁶; im Raum der unmittelbaren Staatsverwaltung wird von Dekonzentration gesprochen.

b) Dezentralistische Kräfte wirken im Verhältnis der Subordination zwischen der Zentralinstanz und den Außenstellen. Die Verteilung von Funktionen auf gleichgeordnete Organe, wie sie im Rahmen der horizontalen Gewaltenteilung erfolgt, hängt mit der Dezentralisation nicht zusammen⁴⁷. Dagegen erschließt sich gerade hier der Bezug zum Subsidiaritätsprinzip: Der hierarchische Pluralismus, auf den die Dezentralisation abzielt, ist die unerläßliche Voraussetzung jedweder „subsidiären“ Be-

⁴⁴ Vgl. aber die Kritik von *Scheuner*, *Lerche*, *Kaiser* und *Harbich* (s. o. FN 32).

⁴⁵ Zentralisation, S. 4. — Zur Ideengeschichte des Organisationsprinzips: *Röpke*, W., Zentralisierung und Dezentralisierung als Leitlinien der Wirtschaftspolitik, in: *Lagler-Messner*, Festschrift für Degenfeld-Schonburg, Wien 1952, S. 11 ff.

⁴⁶ Vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, § 23 a, S. 427; *Obermayer*, in: *Mangnauz-Mayer-Obermayer*, S. 125; *Köttgen*, Föderalismus und Dezentralisierung, S. 281 ff. (bes. S. 294/302). Dagegen bildet für *Wolff* (Verwaltungsrecht I, § 77 I b) nicht die Rechtsfähigkeit, sondern die Unabhängigkeit der Verwaltungseinheit gegenüber der Aufsicht das Kriterium einer dezentralistischen Organisation. *Peters* (Zentralisation, S. 17/18) unterscheidet „unabhängige“ und „administrative“ Dezentralisation; letztere deckt sich mit dem Begriff Dekonzentration.

Der Text folgt dem Sprachgebrauch *Forsthoffs*. Der Unterschied zwischen Dezentralisation und Dekonzentration ist im übrigen aus dem Blickwinkel der Fragestellung unerheblich.

⁴⁷ *Peters*, Zentralisation, S. 7/8, 35/36.

ziehung. Dezentralisation sorgt für die Streuung von Kompetenzen (und notfalls auch für die Kreation von Kompetenzträgern); das Subsidiaritätsprinzip baut bereits auf einer derartigen Verteilung auf⁴⁸. Es bietet aber einen Schlüssel für die Ausübung der Zuständigkeiten; ein solcher ist dagegen im Wesen der Zentralisation nicht enthalten.

c) Während die Dezentralisation sich auf die innerstaatliche Zone beschränkt, sind die Hauptanwendungsgebiete des Subsidiaritätsprinzips gerade die staatlichen Außenbeziehungen zu den gesellschaftlichen Gruppen und die innergesellschaftlichen Verhältnisse. Nur in abgeleiteter Form kann es auch die Beziehungen der Organisationseinheiten im staatlichen Innenbereich regulieren. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist schon deshalb problematisch, weil die Binnenstruktur des Staates wesentlich vom Zweckmäßigkeitskalkül⁴⁹ her bestimmt ist, das Subsidiaritätsprinzip indessen „gewachsene“ Lebenskreise mit „notwendigem“ Dasein und „ursprünglicher“ Zuständigkeit schützen will. Zu derartigen Unterscheidungen dringt der Begriff der Dezentralisation nicht vor. Dezentralisation bedeutet nicht mehr als eine organisationstechnische Tendenz — im Unterschied zum Subsidiaritätsprinzip, das Ausdruck einer materialen Wertentscheidung ist.

d) Das schließt jedoch nicht aus, daß die Motive, die für die Dezentralisation sprechen⁵⁰, in die Nähe dieser materialen Vorrangentscheidung führen oder sogar mit ihr übereinstimmen können.

Eine Berührungsmöglichkeit bietet das Argument der vertikalen Gewaltenteilung⁵¹, doch stellt dieses nicht die einzige und nicht die eindrucksvollste dar. Die Ausfächerung der Staatsgewalt führt Behörden und Bürger näher zueinander; der engere Kontakt mit den Betroffenen, die bessere Vertrautheit mit den örtlichen Gegebenheiten ermöglichen es der dezentralisierten Verwaltung, das Eigentümliche, Besondere der

⁴⁸ Nach *Dürig* (M—D, Art. 19 III/37) fordert das Subsidiaritätsprinzip, daß die staatliche Hoheitsgewalt möglichst auf engere Verbände verlagert werden müsse: in diesem Verständnis ist die Dezentralisation sogar Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips, nicht nur Voraussetzung seiner Anwendbarkeit. Ähnlich ist die Auffassung *Messners* (Naturrecht, S. 300; Die soziale Frage, S. 367, 614): Das Subsidiaritätsprinzip fordere die Dezentralisierung und setze ihr das Maß. *Röpke* identifiziert sogar beide Grundsätze (*Civitas humana*, 3. Aufl., Erlench-Zürich 1949, S. 179). — Die Dezentralisierung der obrigkeitlichen Befugnisse wird aus den (subsidiaritätsgemäßen) Prämissen der liberalen Staatszwecklehre von *G. Jellinek* gefolgert (System, 294; s. o. § 13 FN 83). *Peters* (AfK 6, 1967, S. 20) leitet aus dem Subsidiaritätsprinzip sogar die Beleihung Privater mit hoheitlichen Funktionen ab.

⁴⁹ *Jerusalem* (Zentralisation, S. 193) erfaßt den Gegensatz von Zentralisation und Dezentralisation in erster Linie als verwaltungstechnisches Problem.

⁵⁰ *Peters* (FN 47, S. 41/53) bietet einen Überblick über die Vorzüge und Nachteile der Dezentralisation. Gesichtspunkte, die einen engeren Bezug zur Selbstverwaltung aufweisen, werden im folgenden Kapitel behandelt.

⁵¹ s. Nachw. o. § 19.

jeweiligen Sachlagen eingehender zu berücksichtigen, als es eine zentralisierte Bürokratie leisten könnte, und erschließen mannigfaltige Initiativen. Dezentralisierung verzichtet um den Preis der Vielfalt und Anpassungsfähigkeit auf wirksame Straffheit und schematisierende Gleichheit⁵². Individualisierung und Sachnähe verbinden als Leitgedanken diesen Organisationsgrundsatz mit der Subsidiarität und bieten so eine Grundlage, auf der beide Gestaltungsformen miteinander verknüpft werden können⁵³.

5. Selbstverwaltung

a) An den dynamischen Grundsatz der Dezentralisation schließt sich der statische der Selbstverwaltung an. Dieser erfaßt einen öffentlich-rechtlich geordneten Eigenbereich zwischen dem Staat und der Sphäre freier Individuen. Der Begriff hat in der Verwaltungsrechtswissenschaft noch keine eindeutigen Konturen gewonnen⁵⁴. Unterschiedliche Sachverhalte werden ihm zugerechnet: die Ausgliederung staatlicher Funktionen auf verselbständigte Rechtsträger, die aber dem Staat einverleibt bleiben (mittelbare Staatsverwaltung), ebenso wie die korporative Erfassung gesellschaftlicher Lebensbereiche (gesellschaftliche Selbstverwaltung)⁵⁵; die Eigenverantwortlichkeit des Verbandes nach außen (körperschaftliche Selbstverwaltung), ebenso wie die Beteiligung der Verbandsmitglieder

⁵² Vgl. Mohl, Polizei-Wissenschaft I, S. 18/19; Peters, FN 47, S. 46/47; Köttgen, HDSW 9, S. 222/223; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 77 I 2 b; Forsthoff, Daseinsvorsorge, S. 122/123; vgl. auch Lerche, VVDStRL 21 (1964), 74.

⁵³ Eine Verbindung beider Prinzipien liegt in Bayern dem Aufbau der allgemeinen inneren Verwaltung im Bereich des Sicherheitswesens zugrunde — so Art. 50 LStVG (s. o. § 17, FN 8) mit Kommentierung von Käbb-Rösch (BayLStVG, München 1958, Einf. Bem. 73/75); vgl. auch Nawiasky-Leusser-Gerner-Schweiger-Zacher, Verfassung, Art. 55/Rdnr. 13.

⁵⁴ Die monographische Darstellung der Geschichte der Ideen und Institutionen liefert Heffter, H., Selbstverwaltung. Darstellungen aus der Weimarer Zeit; Peters, Selbstverwaltung, S. 5 ff., und Zentralisation, S. 22/26; Forsthoff, Körperschaft, S. 3. Zur Selbstverwaltung in der NS-Ära: Voigt, Die Selbstverwaltung, insbes. S. 194/259. Darstellungen nach 1945: Ballerstedt, GR III/1, S. 1, 24/28; Becker, GR IV/2, 674/686; Bullinger, VVDStRL 22 (1965), 264 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, § 24 I (S. 437/450); Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 110/114; ders., Selbstverwaltung der Wirtschaft; Köttgen, Föderalismus, S. 281 ff. (bes. S. 294/302); ders., HDSW, 9. Bd., S. 220; ders., VVDStRL 16 (1958), S. 154, 184; ders., Göttinger OLG-Festschrift, S. 79; Obermayer, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 123; Reuß, GR III/1, S. 101/105; Salzwedel, VVDStRL 22 (1965), 206 ff.; Scheuner, DÖV, 1952, 609/615; Vorbrugg, G., Unabhängige Organe der Bundesverwaltung, Diss., München 1965, S. 67/76 mit Nachw.

⁵⁵ Begriffspaar bei Salzwedel (FN 54), S. 222/236; Die Einordnung ist umstritten; während z. B. Köttgen (HDSW, Bd. 9, S. 223, 225) und Becker (GR IV/2, S. 696) die Selbstverwaltung i. e. S. mit der mittelbaren Staatsverwaltung gleichsetzen, stellt E. R. Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 110) die eigentliche Selbstverwaltung der Staatsverwaltung entgegen.

an der Verantwortung (organschaftliche Selbstverwaltung)⁵⁶; die formale Verselbständigung eines Rechtsträgers gegenüber dem Staat (formale Selbstverwaltung) und die Zuordnung eigener Angelegenheiten (materiale Selbstverwaltung)⁵⁷.

b) Der Träger von Selbstverwaltung ist in eine vertikale Ordnung eingespannt: Während ihm „Mitglieder“ oder „Benutzer“ unterworfen sind, steht über ihm notwendig eine Institution, die Aufsicht ausübt⁵⁸. Alle drei Ebenen sind durch die Zuordnung gemeinsamer Aufgaben verbunden. Wenn auch die Selbstverwaltung begrifflich schon den Bestand „eigener“ Angelegenheiten in sich birgt⁵⁹, so bedeutet das keine ausschließliche Zuständigkeit; denn in der Aufsicht liegt zugleich eine konkurrierende Kompetenz — eine Kompetenz allerdings, die sich auf ein Wächteramt beschränkt, also bloß sekundärer Natur ist. Somit entspricht das Organisationsgefüge der Selbstverwaltung den formalen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips.

Daß das Subsidiaritätsprinzip sich als Maß von Freiheit und Beschränkung dieses intermediären Gebildes anbietet, entspringt aber nicht bloß dieser formalen Übereinstimmung. Von beiden Ordnungsmomenten führt ein mehr oder weniger verborgener Weg zu den Leitbildern des Korporativismus⁶⁰.

Selbstverwaltungsverbände sind Organismen mit eigentümlichen Funktionen im Ganzen eines Sozialkörpers, gleichsam soziale Entelechien. Sie verdanken Bildung und Fortbestand nicht spontanen Regungen der Individuen, sondern sind dem Einzelnen vorgegeben als statische, transpersonale Ordnungseinheiten. Berufskammern und politische Gemeinden erfassen ihre Mitglieder nach normierten Tatbestandsmerkmalen. Sie sind auch in ihrer Aufgabenstellung und -bewältigung weithin der Beliebigkeit entrückt; Rechte und Pflichten korrespondieren miteinander. Selbstverwaltung ist Institution einer verfaßten Gesellschaft, in der die Bereiche nicht nach subjektiven Zufallsentscheidungen, sondern nach objektiven Einteilungsgesichtspunkten territorialer oder funktionaler

⁵⁶ Kategorienpaar bei E. R. Huber, Selbstverwaltung, S. 41/42.

⁵⁷ Vgl. Becker, GR IV/2, S. 696; Vorbrugg (FN 54), S. 70, 73/76 mit Nachw.

⁵⁸ Die Notwendigkeit der Aufsicht wird allerdings neuerdings geleugnet, von Salzwedel (FN 54), S. 255/257.

⁵⁹ Vgl. die Begriffsbestimmungen, die jeweils auf die „eigenen“ Angelegenheiten abstellen, bei: Huber, E. R. (FN 55), S. 110, 115 und (FN 56), S. 9, 14; Obermayer (FN 54), S. 123; Salzwedel (FN 54), S. 216/217. Nach diesen (bestrittenen) Eingrenzungen der Selbstverwaltung ist die „Fremdverwaltung“ (der Auftrags-, übertragenen Angelegenheiten etc.) ausgeschaltet und nur auf die „Eigenverwaltung“ abgestellt (Kategorien von Wolff, Verwaltungsrecht I, § 4 I, c 1, 2; vgl. dazu Vorbrugg (FN 54, S. 75/76). Dagegen Scheuner (FN 54, S. 611).

⁶⁰ Eine apologetische Stellungnahme gegen die These, es bestehe ein notwendiger Bezug zum ideologischen und politischen Korporativismus, findet sich bei E. R. Huber (FN 56), S. 55; vgl. auch S. 26. 28.

Art „formiert“ sind. Die intermediären Einheiten empfangen ihre Legitimation daraus, daß sie ihre Glieder gegen den Staat abschirmen (Oppositionsprinzip), vor allem jedoch daraus, daß sie diese auf das zentrale Gemeinwohl hinlenken (Zuordnungsprinzip)⁶¹. Selbstverwaltung eignet sich somit wesensmäßig als Instrument zur „Disziplinierung von Sozialbereichen“ (Forsthoff)⁶².

Jedoch ist die Selbstverwaltung lediglich ein technisches Organisationschema. Je nachdem, ob das Oppositions- oder das Zuordnungsprinzip in den Vordergrund rückt, kann es liberalen oder kollektivistischen Zwecken dienstbar gemacht werden und bei äußerster Überdehnung des einen oder des anderen Gesichtspunktes entweder zu einer Aufhebung der staatlichen Souveränität oder aber zu einer Überwältigung und Gleichschaltung der gesellschaftlichen Kräfte führen. Der lediglich instrumentale Charakter der Selbstverwaltung erweist sich daran, daß sie dem demokratischen Staatsaufbau von unten nach oben ebenso dienen kann wie der Herrschaftsausübung eines sich von oben nach unten legitimierenden Führerstaates⁶³. Im ersten Fall trägt die Selbstverwaltung dazu bei, die personalistische Subsidiaritätsidee der vom Individuum zum Staat hin wirkenden Lebensimpulse zu verwirklichen, im zweiten gewährleistet sie dagegen die Herrschaft der Gegentendenz. Das Subsidiaritätsprinzip *muß* immer im Zusammenhang mit dem Sozialideal gesehen werden, auf das es notwendig bezogen ist — damit hebt es sich deutlich von allen bloß technischen Verfahrensregeln und Organisationsmodellen ab, die sich den gegensätzlichsten Zwecken gefügig erweisen; zu dieser Kategorie zählen aber Dezentralisation und Selbstverwaltung.

c) Da das Institut der Selbstverwaltung — anders als das der Dezentralisierung — nicht auf den innerstaatlichen Organisationsbereich beschränkt ist, trägt es dazu bei, die Spannung von Staat und Gesellschaft abzuschwächen, die Gegensätzlichkeit durch ein System stufenförmiger Übergänge zu mildern: Zwischen die staatliche Zentrale und die Individuen schieben sich die Einrichtungen der mittelbaren Selbstverwaltung, die eine relative Eigenständigkeit gegenüber der Macht, von der sie sich ableiten und der sie zugeordnet sind, behaupten, und die gesellschaftlichen Selbstverwaltungseinheiten, in denen vorstaatliche Freiheitsräume öffentlich-rechtlich überformt sind⁶⁴. Somit führt der Selbstverwaltungs-

⁶¹ Vgl. E. R. Huber (FN 56), S. 9, 10.

⁶² Verwaltungsrecht I, § 24 I, S. 442; vgl. auch Köttgen, Göttinger OLG-Festschrift, S. 90/91.

⁶³ Die erste Spielart will Art. 11 IV BV verwirklichen — s. u. § 24. Der zweite Typus von Selbstverwaltungsverfassung war im nationalsozialistischen Staat verwirklicht — vgl. § 15 zu § 67 DGO. Zum Charakter der Selbstverwaltung als Instrument für beliebige Zwecke vgl. Huber (FN 56).

⁶⁴ Die Aufhebung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft ist eines der Ziele der neuen organisch-föderalistischen Theorie (vgl. §§ 7, 28). Die Gleich-

gedanke unmittelbar in den „idealen“, modellgetreuen Anwendungsbereich der Subsidiaritätsidee hinein⁶⁵.

d) Trotz dieser gemeinsamen Affinität zu einem organisch-korporativistischen Staatsdenken ist beiden Prinzipien auch eine relative Offenheit gegenüber den Staatsformen gemeinsam⁶⁶. Obwohl ihnen in demokratischen⁶⁷ und in ständestaatlichen Systemen die wirksamste Entfaltung versprochen wird, lassen sie sich in die verschiedensten Staatsformen einbetten. Wenn man individualistische und kollektivistische Überspitzungen ausscheidet, so bleibt noch eine Fülle politischen Gedankengutes, das sich mit diesen Grundsätzen verbinden kann — sei es nun konservativer, liberaler oder sozialistischer Herkunft.

Deutlicher noch als bei der Dezentralisierung bieten sich hier die finalen Bezugspunkte an: So vermag der Gedanke vertikaler Gewaltenteilung⁶⁸ eine Rechtfertigung zu geben, soweit nicht sein individualistischer Ansatz es ausschließt, Schutzzonen transpersonaler Freiheit zu würdigen. Das Bewahren und Einhegen gewachsener Eigenarten gegenüber der Nivellierung durch eine bürokratische Zentralgewalt kann eine gemeinsame Tendenz von Selbstverwaltung und Subsidiaritätsprinzip sein. In den kleineren Lebenskreisen bietet sich die Gelegenheit, besondere Initiative zu entfalten, spezifische Sachkunde einzusetzen und zusätzliches Verantwortungsbewußtsein zu entwickeln; in diesem Medium können gesellschaftliche Kräfte mobilisiert werden, die sonst brach liegen würden. Selbstverwaltung ermöglicht, gesellschaftliche Mannigfaltigkeit mit den Forderungen des zentralen Gemeinwohls zu versöhnen. Sachnähe und Individualisierung⁶⁹ — Merkmale von Selbstverwaltung und Dezentralisierung — schaffen eine freiheitliche Form der Integration. Die Integration wird erleichtert durch die Vielgestaltigkeit der Chancen, sich

artigkeit von Staats- und Selbstverwaltung wies erstmals Gierkes Schüler *Hugo Preuß* auf. Das einende Band beider Verwaltungstypen war ihm das demokratisch-genossenschaftliche Prinzip. Er versuchte auf diesem Wege, den Dualismus zwischen der obrigkeitlich-bürokratischen Staatsverwaltung und der freiheitlichen Selbstverwaltung der Gesellschaft — ein Erbe des konstitutionellen Zeitalters — zu überwinden. Vgl. *Preuß*, *Gemeinde*, bes. S. 199/232. Dazu *Heffter* (FN 54), S. 753.

⁶⁵ In diesem Zusammenhang läßt sich auch die Lehre der berufsständischen Ordines einordnen (s. o. § 4).

⁶⁶ Diesen Aspekt der Selbstverwaltung hebt besonders *Huber* (FN 56) hervor.

⁶⁷ *Jerusalem* (Zentralisation, S. 180/181, 194) sieht einen notwendigen Bezug zwischen der Dezentralisation und einer „demokratisch-aristokratischen“ Staatsverfassung. — Wesentlich differenzierter stellt *Peters* (Selbstverwaltung, S. 43/44, und Zentralisation, S. 27/35) die Beziehung von Demokratie und Selbstverwaltung als ambivalent dar. Zur Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung in der Demokratie des Bonner Grundgesetzes *Becker*, GR IV/2, S. 686/691.

⁶⁸ Vgl. *Salzwedel* (FN 54), S. 232. Im übrigen s. Nachw. o. § 19, FN 31.

⁶⁹ s. o. § 20, FN 52.

für das Gemeinwohl zu engagieren⁷⁰. Diese Impulse der Selbstverwaltungsidee stimmen mit denen des personalistisch akzentuierten Subsidiaritätsprinzips überein. Das Bezugssystem der Selbstverwaltung, das durch Freiheit und Begrenzung, Eigenverantwortung und Ausrichtung auf ein übergreifendes Ganzes gekennzeichnet ist, *kann* daher im Subsidiaritätsprinzip sein Regulativ und seine Grundlegung finden. Ob diese Möglichkeit jedoch verwirklicht ist, läßt sich nicht dadurch ermitteln, daß isolierte Begriffe miteinander verglichen werden. Der aktuelle Zusammenhang der Prinzipien erschließt sich nur dann, wenn die Frage nach ihrer Geltung innerhalb der rechtlichen Ordnung gestellt wird.

⁷⁰ Vgl. *Krüger*, VVDStRL 19 (1961), S. 158, und *Lerche*, VVDStRL 21 (1964), S. 74 zur Lehre vom Bundesstaat.

ZWEITER TEIL

Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungssatz?

Erster Abschnitt

Methodologische Vorbemerkung

Da eine juristische Untersuchung nicht durch ihre Methode gerechtfertigt wird, sondern sie aus sich heraus ihre Methode zu rechtfertigen hat, genügt es, kurz den Umriß der methodologischen Problematik darzustellen, die das Thema aufwirft.

1. Die Frage nach der Geltung des Subsidiaritätsprinzips führt auf das „*ungeschriebene Verfassungsrecht*“¹ hin — und zwar nicht ein a priori naturrechtlich geltendes, über dem positiven Grundgesetz stehendes Recht², ebenso nicht ein *neben* der geschriebenen Verfassung stehendes Gewohnheitsrecht, sondern ein *in* der Verfassung einschlußweise enthaltenes Recht. Damit ein solcher ungeschriebener Satz nachgewiesen werden kann, muß festgestellt werden, daß das *materielle* Verfassungsrecht im *formellen* keinen erschöpfenden und voll angemessenen Ausdruck gefunden habe, daß somit das Grundgesetz eine *Lücke* aufweise.

Wie eine Lücke im Recht festzustellen und zu füllen sei, ist ein allgemeines Problem juristischer Hermeneutik³; darüber hinaus zeigen sich allerdings auch verfassungsrechtliche Besonderheiten⁴. Die Möglichkeit,

¹ Vgl. die Referate v. *Hippels* und *Voigts*, VVDStRL 10 (1952), 1/32, 33/45.

² Dazu u. § 48.

³ Dazu *Canaris*, Feststellung (zur „Prinzipiücke“, S. 93/123, 160/168, 194/196); *Engisch*, Einführung, S. 134/156; *Larenz*, Festschrift für Nikisch, S. 299/303; ders., Methodenlehre, S. 255/257, 279/303; *Obermayer*, K., NJW 1966, 1889/1890; *Zippelius*, R., NJW 1964, 1981/1987.

⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Besonderheiten der juristischen Hermeneutik und dem verfassungsrechtlichen Methodenproblem: *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53/102; *Forsthoff*, Problematik; *Hesse*, Grundzüge, S. 22/34; *Hollerbach*, AöR 85 (1960), 241/270; *Leisner*, DÖV 1961, 641/652; *Müller*, F., Normstruktur und Normativität, Berlin 1966; *Schack*, F., „Analogie“ und „Verwendung allg. Rechtsgedanken“ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, Festschr. f. Laun, Hamburg 1948, S. 275/294; *Schneider*, P., VVDStRL 20 (1963), S. 1/52; *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 71/99; *Zippelius*, Wertungsprobleme.

daß das Subsidiaritätsprinzip zum System des materiellen Verfassungsrechts gehört, liegt bereits darin begründet, daß es nicht formaler, technischer, sondern materialer, wertbezogener Natur ist („*rechtsethisches Prinzip*“⁵). Auf zwei Wegen kann man vom positiven Rechtssatz auf das allgemeine Prinzip gelangen: im *Induktionsschluß* von der konkreteren Einzelbestimmung auf den allgemeinen Grundsatz und im *Deduktionsschluß* von noch allgemeineren Wertungen der Verfassung, die der Rechtsidee in ihrer Abstraktionshöhe näher stehen, auf das stärker konkretisierte Prinzip. Beide Wege sollen beschrritten werden⁶.

2. Da das Subsidiaritätsprinzip seinem Wesen nach in den verschiedensten Relationen „analoge“ Geltung beansprucht, kann die Untersuchung sich nicht darauf beschränken, seine Geltung nur in der einzigen Relation zu erfassen, die das Thema vorgegeben hat, vielmehr ist zu fragen, ob es nicht in vergleichbaren Rechtsbeziehungen gelte und damit die Grundlage für einen *Analogieschluß* liefere⁷.

3. Dem Verfassungsrecht kann nicht von vorneherein die folgerichtige Durchführung eines einzigen Prinzips unterstellt werden. Jede geschichtliche Rechtsordnung ist vielmehr vom *Widerstreit ihrer Prinzipien* gekennzeichnet⁸. Es gehört daher zu den Bedingungen einer jeden Rechtsfindung, nach höherwertigen oder gleichrangigen Prinzipien zu fragen, welche die Geltung des zu erschließenden Grundsatzes verhindern oder einschränken können⁹. Weil diese Arbeit allerdings nur einer *allgemeinen* Fragestellung nachgeht, sollen auch nur die möglichen *fundamentalen* Normkollisionen mit dem Subsidiaritätsprinzip erörtert werden.

4. Da die Frage nach dem „ungeschriebenen Verfassungsrecht“ notwendig auf die materielle Verfassung führt, kommt den *geschichtlichen Entstehungsbedingungen* des Grundgesetzes besondere Bedeutung zu¹⁰. Diese enthüllen sich nur unzulänglich in den Materialien der verfassungsgebenden Gremien. Es ist vielmehr notwendig, auf die ontischen und ideellen Kräfte des Entstehungsprozesses zurückzugehen, damit der Wirkungszusammenhang deutlich wird, der die Verfassungsurkunde hervorgebracht hat. Es ist jener Zusammenhang, den Hegel als *objektiven Geist* zu erfassen gelehrt hat. Dieser Rückgang auf den objektiven Geist ist

⁵ Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 255/257; Esser, Grundsatz, S. 92 und passim; Canaris (FN 3), S. 94/95. Die Unterscheidung von „Prinzip“ und „Grundsatz“, die Larenz (Festschrift, S. 300) einzuführen versucht, wird hier nicht übernommen. Dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäß, werden die Begriffe synonym verwendet.

⁶ s. u. §§ 48/59.

⁷ s. u. §§ 49/53.

⁸ Dazu Larenz, Festschrift, S. 291/302; Engisch (FN 3), S. 162/167.

⁹ s. u. §§ 35/47, 60/62.

¹⁰ s. u. §§ 23/30.

unerlässlich, da nur ein Sinnverständnis der Verfassungsurkunde auf die allgemeine Wertung führen kann und da ein Prinzip nicht den Gegenstand der (verfassungs-)gesetzlichen Regelung, sondern das (reflex oft gar nicht voll erfaßte) Ziel der Regelung bildet¹¹.

Die Wesensanalyse des Subsidiaritätsprinzips hat als „Nebenprodukt“ die Erkenntnis gebracht, daß der Grundsatz in der *Überlieferung* des deutschen Staatsdenkens enthalten ist und zwei Richtungen ihn sich zu eigen gemacht haben, die föderale und die liberale¹². Sollte sich eine *Kontinuität* dieser geistigen Bewegungen nachweisen lassen, die bis in den Entstehungsvorgang des Grundgesetzes hineinreicht, so wären auch für das aktuelle Normenverständnis Aufschlüsse gewonnen.

5. Zu diesem Versuch, das materielle Verfassungsrecht zu erkennen, wird auf eine „reine“, isolierend normativistische Methode verzichtet, die in „neu“-kantianischen Prämissen von vorgestern gründet. Damit soll nicht das Staatsrecht vor der Staatssoziologie und -ideologie abdanken, vielmehr soll ein Weg erschlossen werden, die Gesamtentscheidung hinter den kontingenten Bestandteilen des Verfassungstextes zu erkennen und in teleologischer Auslegung die normative Kraft der Verfassung¹³ zur Geltung zu bringen.

Die Untersuchung geht von außen nach innen an das Zentrum des Problemkreises heran: von der Geschichte zur Dogmatik, von den formalen Bedingungen der Geltung zur materialen Geltungsfrage, von den Alternativlösungen zur Lösung des Subsidiaritätsprinzips.

Zweiter Abschnitt

Der geschichtliche Horizont

I. Das Vorfeld des Bonner Grundgesetzes

1. Metajuristische Faktoren der Rezeption des Subsidiaritätsprinzips — Bedeutung für die juristische Fragestellung

a) Obwohl die Verkündung des Subsidiaritätsprinzips in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ weltweite Resonanz gefunden hatte, erwies sich der Widerhall nirgends als so stark wie im deutschen Kulturkreis. Die

¹¹ Dazu Larenz (FN 8), S. 301; vgl. auch Esser (FN 5), S. 5.

¹² s. o. §§ 7/13.

¹³ Dazu Hesse, K., Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959; ders (FN 4), S. 10/17.

eigentliche Stunde des Subsidiaritätsprinzips schlug nach dem zweiten Weltkrieg. Real- und Idealfaktoren wirkten in günstiger Konstellation zusammen. Praktischen Bedürfnissen ließ sich der Grundsatz dienstbar machen, ideologische Strömungen vermochten, ihn einzubeziehen. In glücklicher Weise schien er deutschen Rechtsüberlieferungen zu entsprechen, an die das desorganisierte deutsche Volk im Nullpunkt seiner Verfassungsgeschichte anzuknüpfen versuchte. Die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips mußte deshalb nicht als Aneignung fremden, sondern konnte als Fortbildung eigenen Gedankengutes verstanden werden, so daß letztlich offenbleiben durfte, ob die Anerkennung einen Vorgang der Rezeption oder der Tradition bildete.

Zwei Grunderfahrungen bestimmten das Feld: das Erlebnis des totalen Staates, der in die totale Katastrophe geführt hatte, und das Erlebnis des Systems ungebundener formaldemokratischer Freiheitlichkeit, das sich als unfähig erwiesen hatte, eine dauerhafte Ordnung zu stiften. Ein doppeltes Mißtrauen wies so den Versuchen um Erneuerung die Richtung: Argwohn gegen die Macht des Staates, in der die dauernde Möglichkeit des Mißbrauchs enthalten ist, und Argwohn gegen die sich selbst überlassene, ungeordnete Freiheit, die die Gefahr in sich birgt, sich selbst aufzuheben. Unter dem Gesetz dieser zwiefachen Antithese vermochten sich extrem individualistische und kollektivistische Sozialkonzeptionen nicht durchzusetzen, sondern brachen sich „mittlere“ Bewegungen Bahn, die Individualfreiheit und Gemeinwohl miteinander versöhnen wollten. Mit ihnen vollzog sich die Renaissance des Naturrechts personalistischer Prägung. Daneben erneuerte sich liberales Denken in der Staatstheorie wie in der Wirtschaftspolitik auf dem Boden des modernen Sozialstaates. Zugleich füllten sich föderale Bildungen wieder mit Leben. Entwürfe einer ständischen Gliederung des Gemeinwesens begleiteten diese Entwicklung.

Jede dieser Tendenzen wies eine eigentümliche Affinität zum Subsidiaritätsprinzip auf — die liberalen Ansätze stärker zur personalistischen Komponente des Grundsatzes, die föderalen mehr zu seinem Gehalt an organischer Gesellschaftsideologie. Somit bot sich das Subsidiaritätsprinzip als Leitbild für die zweifache politische Gestaltungsaufgabe der Zeit an: die Freiheit zu gewährleisten und die Freiheit in einen Ordnungsrahmen einzufügen.

b) Wenn im folgenden die Verknüpfung des Subsidiaritätsgedankens mit einigen metajuristischen Bewegungen näher untersucht werden soll, so bleibt die Erörterung im Vorhof des Verfassungsrechts stehen. Sie zeigt nur die Folie der rechtlichen Problematik — allerdings eine Folie, die den Umriß der Problematik erst völlig deutlich macht. Dieser Hintergrund, das „Klima“ der Verfassungsschöpfung (Loewenstein)¹, läßt zu-

¹ Vgl. Loewenstein, AöR 77 (1951/52), 392/400.

gleich Schlüsse auf die materielle Verfassung zu. Denn die Begriffe des Gesetzes können in ihrem Gehalt erst deutlich, die stillschweigenden Implikationen des Verfassungstextes erst erkennbar werden, wenn die Institutionen in der konkreten Gestalt ermittelt werden, wie sie der Verfassungsgeber vorgefunden hatte². Der Einfluß der sozialen und geistigen Kräfte endete nicht in dem Zeitpunkt, in dem der Text des Grundgesetzes abgeschlossen vorlag. Vielmehr setzte er sich auch fort, sobald das Gesetzeswerk, von seinem geschichtlichen Ursprung abgelöst, zum Gegenstand der objektiven Auslegung wurde. Stärker noch als jedes andere Gesetz ist die Verfassung — als höchste, aber auch inhaltsärmste Norm der positiven Rechtsordnung — wandlungsfähig, abhängig von den Erscheinungen der geschichtlichen Wirklichkeit. Sie steht damit selbst unter dem Einfluß der Phänomene, die sie zu beherrschen beansprucht; sie vermag sich ihm nicht zu entziehen, wenn sie ihre lebendige Integrationskraft nicht einbüßen und zum toten Studienobjekt der Verfassungshistoriker, zu einer Geschichtsquelle aus dem Jahre 1949, erstarren will. Umgekehrt darf sich das Verfassungsrecht auch den metajuristischen Kräften nicht vorbehaltlos aufgeben, wenn es überhaupt noch eine eigenständige Ordnungsmacht darstellen soll. Die Auslegung der Verfassungs-urkunde bildet den Transformator, der ständig diesen Umsetzungs- und Anpassungsprozeß vornimmt³.

Besondere Bedeutung kommt den Faktoren zu, welche die Auslegung des Grundgesetzes in den ersten Jahren nach seinem Inkrafttreten beeinflußten, als es noch den verschiedensten Interpretationsmöglichkeiten gegenüber offen war, noch nicht einzelne von diesen Möglichkeiten als die verbindlichen durchgesetzt worden waren und sich die Verfassung dadurch noch nicht hatte determinieren und einengen lassen. Es ist deshalb gerechtfertigt, die Betrachtung metajuristischer Faktoren, die für den Entwicklungshintergrund des Grundgesetzes Aufschlüsse liefern können, nicht mit dem Jahre 1949 enden zu lassen. Unabhängig von der Zäsur dieses Jahres wirkten soziologische und ideologische Kräfte auf die konkrete Gestalt der verfassungsrechtlichen Ordnung sowie ihre theoretische Erfassung ein und beeinflußten die „politische Weltanschauung“ (Hensel)⁴

² Zu der Bedeutung, die der „Vorverfassungssituation“ für die Ausfüllung der Begriffe des Verfassungsrechts zukommt, vgl. *Leisner*, JZ 1964, 201/206 (bes. 203) und Verfassungsmäßigkeit, S. 42/44 und passim.

³ Die Dialektik, die sich hier zwischen der Verfassung als abgeschlossenem Werk und weiterwachsender Ordnung, als aus der Geschichte sich lösendem Objekt zeigt, läßt sich mit den Kategorien Hegels und Nicolai Hartmanns vom „objektivierten“ und vom „objektiven“ Geist erfassen (zu deren rechtsmethodologischer Bedeutung s. *Larenz*, Methodenlehre, S. 193). Diese Dialektik entspricht dem Doppelcharakter der Verfassung als Dezision und Ordo (vgl. *Leisner*, DÖV 1961, 642/643).

⁴ Vgl. *Hensel*, Grundrechte und politische Weltanschauung, S. 8/9.

des Grundgesetzes, waren sie doch Momente des objektiven Geistes, aus dem heraus die Verfassungsnorm sich kristallisierte.

2. Soziologische Momente

a) *Der Staatsaufbau von unten nach oben — Restauration des Föderalismus*

aa) Der Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit vollzog sich von unten nach oben, von den Gemeinden und Gemeindeverbänden über die Länder bis hin zum Bund⁵. Als diese Entwicklung in der Bildung eines westdeutschen Zentralstaates einen „vorläufigen“ Abschluß gefunden hatte, war ein reich gegliedertes, dezentralisiertes Gemeinwesen entstanden; die Selbstverwaltungskörperschaften und Gliedstaaten waren zu kraftvollem Leben erwacht; ihre Eigenständigkeit war rechtlich gewährleistet. Damit hatte sich die deutsche Verfassungsentwicklung, die von der Reichsgründung Bismarcks bis zum Ende des Hitlerstaates zentralistisch verlaufen war, in die Gegenrichtung gewendet.

Es hieße, die Spontaneität dieser Entwicklung verkennen, wollte man sie einzig aus dem Diktat der Besatzungsmächte zu erklären versuchen⁶. Wesenszüge deutscher Verfassungsgeschichte waren von jeher der Reichtum und die Mannigfaltigkeit an korporativen Bildungen gewesen, ebenso wie die Buntheit der politischen Landkarte, die Wirkmächtigkeit der zentrifugalen Kräfte, die ständige Bedrohung jeder staatlichen Einheit. Die nationale Zusammenfassung allen politischen und gesellschaftlichen Lebens war zum ersten Male im NS-Staat mit letzter Konsequenz gelungen — aber damit war sie auch nach dem Scheitern des Regimes diskreditiert.

bb) Der historische Vorgang des Aufbaus von unten nach oben ließ sich seiner Zufälligkeit entkleiden und als Vollzug eines allgemeinen Gesetzes deuten. Der *zeitliche Vorsprung* konnte als *normativer Vorrang* erscheinen. Da die Gebietskörperschaften vor dem Staat wieder Leben gewonnen hatten, brauchten sie ihre Daseinsberechtigung nicht vom Staate abzuleiten und konnten sich als „ursprunghaft“ anerkennen lassen. So bescheinigte die Bayerische Verfassung vom 2. Dezember 1946 den Gemeinden, sie seien „ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen

⁵ Vgl. Maunz, Staatsrecht, § 1. — Den rechtlichen Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildete Punkt 9 der *Potsdamer Deklaration* vom 2. 8. 1945; hier wurde die „Dezentralisierung der politischen Struktur und die Entwicklung lokaler Verantwortung“ festgelegt, während eine zentrale deutsche Regierung vorläufig nicht vorgesehen war (dazu Grewe, Antinomien, S. 9/11).

⁶ Oktroyiert war nicht das föderalistische Konzept als solches, sondern allenfalls der Grad der Dezentralisierung. Vgl. Strauß, Gedächtnisschrift für Jelinek, S. 116; Nyman, Föderalismus, S. 198/199.

Rechts“⁷. Mochte diese Proklamation auch belanglos sein, wenn man eine historische Feststellung in ihr suchte⁸, so hob sie doch den besonderen Rang hervor, den die Gemeinden nunmehr im Verfassungsleben einnehmen sollten⁹: als Medien des „Aufbaus der Demokratie von unten nach oben“¹⁰.

Damit sollte der Subsidiaritätsgedanke verwirklicht werden¹¹. Weniger bedeutsam ist der Zusammenhang, in dem hier das Subsidiaritätsprinzip und das demokratische Prinzip erscheinen, als die Verbindung, die zwischen dem Subsidiaritätsgrundsatz und dem dezentralistischen Organisationsprinzip hergestellt worden ist.

Der Kreislauf des staatlichen Lebens sollte nicht mehr von der Zentrale, wie im Führerstaat, sondern von den vielfältigen unteren Einheiten des Staatsverbandes in Bewegung gesetzt werden. So bezog sich der Aufbau von unten nach oben nicht auf die einmalige Phase der Verfassungsschöpfung, sondern er sollte dauernd den Ursprung und das Gesetz der staatlichen Lebensrhythmik zum Ausdruck bringen^{11a}.

Das Subsidiaritätsprinzip wurde zu einem Leitbild des neuen Organisationsgefüges. Es sanktionierte Selbstverwaltung, Dezentralisierung und Bundesstaatlichkeit. Es bot die Formel, um Vielfalt zu ermöglichen, ohne das Gemeinwohl zu beeinträchtigen. Im Subsidiaritätsprinzip fand sich der Ausgleich zwischen Teil- und Gesamtverband, auf dem der Föderalismus beruht.

⁷ Art. 11 II 1 BV.

⁸ Vgl. die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung, 6. Sitzung vom 26. 7. 1946 (Sten. Ber., Bd. I, S. 133/145), insbesondere den Beitrag *Nawiaskys* (S. 134/135).

⁹ Vgl. *BayVerfGH* 10, 113 (122).

¹⁰ Art. 11 IV BV.

¹¹ Vgl. die in FN 8 aufgeführten Materialien, vor allem die Ausführungen *Schwalbers* (S. 133, 135). — Der Bezug zum Subsidiaritätsprinzip wird anerkannt von *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, Art. 11/12 (vgl. auch Art. 55/13, Art. 73/3), *Küchenhoff*, Staatslehre, S. 91, und vom *BayVGH* v. 18. 3. 1964, *BayVBl.* 1964, 228/229. — Eine Parallele bildet hierzu rechtliche „Ursprünglichkeit“ der Länder gegenüber dem Bund, die das *BVerfG* im Südweststaats-Urteil anerkannt hat (E 1, 14, 18, Leits. 31: „Die Länder sind als Glieder des Bundes — Staaten mit eigener, . . . nicht vom Bunde abgeleiteter, sondern von ihm anerkannter staatlicher Hoheitsmacht“); in dieser These glaubt *Marcic*, Gesetzesstaat, S. 347, das Subsidiaritätsprinzip zu erkennen. In der gleichen Richtung verläuft die Argumentation von *Süsterhenn-Schäfer* (Kommentar, Art. 49/2, S. 219), das natürliche, nicht vom Staate abgeleitete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ergebe sich aus dem Subsidiaritätsprinzip. Vgl. auch die naturrechtliche Argumentation *Boehmes*, R-St-W I, S. 114.

^{11a} So insbes. *Lent*, Föderalismus, S. 25; *Ehard*, Die europäische Lage und der deutsche Föderalismus, München 1948, S. 24; ähnlich *von der Heydte*, Das Weiß-Blau-Buch zur deutschen Bundesverfassung, Regensburg 1948, S. 42; *Grewe* (FN 5), S. 28; vgl. auch *Heffter*, Selbstverwaltung, S. 791.

b) Die Macht der Verbände

aa) Zu den Mächten, die dem Staat des Bonner Grundgesetzes gegenüber ein Erstgeburtsrecht beanspruchen, zählen auch die gesellschaftlichen Verbände¹². Mit der Demontage des totalen Staates waren weithin seine Selbstverwaltungsorganisationen aufgelöst worden, mit deren Hilfe die Gesellschaft „gleichgeschaltet“ worden war. In das Machtvakuum, das durch den Rückzug der öffentlichen Gewalt entstanden war, konnten die privaten Verbände eindringen. Das liberale Modell dualistischer Beziehungen zwischen Staat und Individuum fand somit in der Verfassungswirklichkeit Nachkriegsdeutschlands keine Entsprechung.

Die Soziologie der Machtverhältnisse läßt eine *Trias der Kräfte* erkennen, in der intermediäre Gewalten ihren Platz zwischen und neben Staat und Individuum behaupten. Diese Konstellation ist nicht das Ergebnis korporativistischer Gesetzgebung (deren Ziel es auch nicht sein kann, eigenständige Zwischengewalten zu schaffen, sondern diese zu verhindern). Vielmehr ist sie privater Spontaneität entsprungen. Diese Konstellation ist letztlich auch keine Anomalie, sondern die wesensgemäße Erscheinung eines freiheitlichen Gemeinwesens, das sich die Alternative der hobbesianischen Philosophie nicht aufzwingen läßt, zwischen totalem Bürgerkrieg und totalem Staat zu wählen, das auf die völlige Befriedung des *bellum omnium contra omnes* verzichtet und einen Rest des *status naturalis* noch in den *status civilis* hineinragen läßt. In den Verbänden verkörpert sich der „natürliche“ Antagonismus der Gesellschaft; deutlichstes Reservat des *status naturalis* ist das Arbeitskampfrecht. Nur in dieser mittleren Lösung ist das Postulat Hobbes', das Individuum *durch* den Staat zu schützen, mit der liberalen Forderung, das Individuum *vor* dem Staat zu schützen, vereinbar.

Die Rolle der Verbände ist somit ambivalent — gleich, ob man sie unter dem Aspekt der individuellen Freiheit oder unter dem Aspekt der öffentlichen Ordnung würdigt:

Unter dem *Freiheitsaspekt* erscheinen sie als notwendige Medien individueller Betätigung. Sie bilden in einer sozialen Gewaltenteilung Gegen-

¹² Zum Phänomen der Verbände: Vgl. U. Scheuner und Werner Weber, Referate in: *Der Staat und die Verbände*, Heidelberg 1957, S. 10/18, 19/26; Weber, Werner, *Spannungen*, S. 49/64; Kaiser, *Repräsentation*; Ehmke, *Festgabe für Smend*, S. 42/47. Umfassende Bibliographie (bis 1963) bei Wittkämper, *Grundgesetz und Interessenverbände*, S. 211/241.

Nachzutragen sind vor allem Herzog, R., *Pluralismus*, EvStL, Sp. 1541/1547; Krüger, H., *Staatslehre*, S. 367/407, 632/673; Leibholz, G. und Winkler, G., *Staat und Verbände*, VVDStRL 24 (1966), S. 5/33, 34/78; Wertenbruch, W., *Die rechtliche Einordnung wirtschaftlicher Verbände in den Staat*, Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 614/641.

gewichte gegen den Staat¹³. Während aber die öffentliche Gewalt demokratischen Kontrollen und rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen ist, fehlen diese Kautelen weithin gegenüber der privaten Gewalt. Damit die Macht des Stärkeren nicht die Freiheit des Schwächeren hinfällig mache, bedarf der Schwächere des staatlichen Schutzes. Der Staat — im liberalen Modell nur der Feind der privaten Freiheit — erscheint nunmehr auch als ihr Garant¹⁴.

Sogar die Selbstbehauptung der Staatlichkeit kann gegenüber der Verbandsmacht zum Problem werden, soweit die privaten Gewalten politische Ziele verfolgen (pressure groups) und separate gesellschaftliche Interessen gegenüber den Staatsorganen, die dem Wohl der Allgemeinheit und nicht dem einzelner Gruppen verpflichtet sind, durchzusetzen versuchen. Ein gerechter Ausgleich der Interessen wird nicht automatisch durch die Vielzahl der gesellschaftlichen Repräsentanten hervorgerufen, weil die einzelnen Interessen mit ungleichem Gewicht und ungleicher Effizienz vertreten werden. Die demokratische Form der Repräsentationsverfassung steht in der Gefahr, durch eine oligarchische Ordnung mit quasi-plebiszitärem Verfahren unterwandert zu werden.

In höherem Maße aber, als die intermediären Verbände die *Ordnung* des Ganzen bedrohen, bilden sie selbst Träger und Garanten dieser Ordnung. Sie heben den gesellschaftlichen Atomismus auf. Sie nehmen in notwendiger Ergänzung dem Individuum Aufgaben seiner Daseinsbewältigung ab¹⁵. Als Kristallisationskerne individueller Interessen schaffen sie eine Durchgangszone zwischen dem atomisierten Einzelwohl und dem Gemeinwohl und bilden eine vermittelnde Stufe der Integration. Sie repräsentieren die gesellschaftliche Mannigfaltigkeit gegenüber dem unitarisierenden, egalisierenden Staat¹⁶. Diesem fällt die Aufgabe zu, die widerstreitenden Interessen aus der Sicht des Gemeinwohls zu neutralisieren¹⁷ und damit die Integration zu vollenden.

bb) Diese Skizze enthält *ontische Ansatzpunkte für eine mögliche Geltung des Subsidiaritätsprinzips* und zugleich Momente, die seine Geltung im vorhinein in Frage stellen:

¹³ Vgl. §§ 19, 29.

¹⁴ Die Rolle des Staates als positiven Hüter der Freiheit stellen dar: *Arndt*, JZ 1965, 338; *Kaiser* (FN 12), S. 320, 338; *Krüger* (FN 12), S. 280; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 15/16, 32/33; *Schnur*, VVDStRL 22 (1965), S. 139; *Wertenschlag*, Grundgesetz, S. 208.

¹⁵ Dazu u. § 26.

¹⁶ Dazu grundlegend *Kaiser* (FN 12).

¹⁷ Die Neutralisierungsfunktion ist vor allem von *Carl Schmitt* herausgestellt worden: Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930). Zustimmend: *Werner Weber*, AöR n. F. 19 (1930), S. 200/202. Kritisch: *Ehmke* (FN 12), S. 43: Die Neutralisierung gegenüber den pressure groups würde die Exekutive schwächen, es sei denn, daß der öffentliche Meinungs- und Willens-

Für die Möglichkeit einer Subsidiarität des Staates gegenüber den Verbänden spricht der Gedanke, daß auch sie eine Ordnungsfunktion ausüben und Medien individueller Freiheit sind. Zugleich droht aber die Gefahr, daß ein einseitiger Rückzug der Staatsgewalt allein den Verbänden zugute komme und das Individuum der Willkür der privaten Gewalten ausgeliefert werde¹⁸, wenn nicht der Staat die Bürgschaft für den status libertatis des Einzelnen aufrechterhält. Ohne daß sich die Gewichte zu Lasten der schwächeren Glieder der Gesellschaft verschieben, kann das Balance-System nur dadurch bestehen, daß der Staat wenigstens virtuell allgegenwärtig bleibt und jedem Glied der Gesellschaft unmittelbar gegenübertreten kann. Die Fortsetzung der Subsidiarität „nach unten“ — von den intermediären Gewalten zum Einzelnen — erscheint zwar die sinnvolle Folge des Vorrangs gegenüber dem Staat zu sein und die Gewähr zu bieten, daß die Freiheit gegenüber der übergeordneten durch Bindung gegenüber der untergeordneten Instanz ausgeglichen werde. Doch gerade diese Möglichkeit läßt sich allenfalls ansatzweise in die Wirklichkeit überführen; denn zwischen den privaten Gewalten und den privaten Gewaltunterworfenen bestehen selten Relationen, die sich mit den Maßstäben „maius-minus“, „altius-inferius“ erfassen lassen. (Diese Bewertung läßt sich am ehesten im Rahmen mitgliedschaftlicher Beziehungen durchführen.) Regelmäßig sind soziale Mächte¹⁹ zugleich faktisch übergeordnet und rechtlich gleichgeordnet. Sie können ebenso als Vermittler wie als Rivalen individueller Interessen handeln. Eindeutige Zurechnung und Zuordnung ist nur möglich, wo ein öffentlich-rechtliches Zwangsorganisationssystem Mitgliederbestand und Zwecke klar festlegt und abgrenzt. Im innergesellschaftlichen Raum wirken auch auf der kollektiven Ebene Spontaneität und Dynamik, die sich der Festlegung entziehen²⁰.

Es ist deshalb erklärlich, daß (außerhalb der gesellschaftsorganischen Modellvorstellungen) das Subsidiaritätsprinzip als innergesellschaftliches Kompetenzregulativ wenig Widerhall gefunden hat. Um so willkommener ist es dagegen als Legitimation der Verbände gegenüber dem Staat. Sie finden in ihm das praktikable Regulativ und die ideologische Recht-

bildungsprozeß totalitär gedrosselt werden würde. Kritisch auch *Leibholz*, Strukturprobleme, S. 328; *Herzog*, R., Zeitschr. f. Pol. X (1963), 156.

¹⁸ Dieses Bedenken macht *Badura* (Verwaltungsmonopol, S. 305) gegen das Subsidiaritätsprinzip geltend. Ähnlich *Adolf Weber*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre I, 6. Aufl., Berlin 1953, S. 606; *Rupp*, Privateigentum, S. 27 Anm. 47.

¹⁹ Das Problem sozialer Gewalten ist nicht allein eine Frage des Verbandswesens. Auch Individuen (natürliche wie juristische Personen) können Inhaber gesellschaftlicher Machtstellungen sein. s. u. § 53.

²⁰ Hier liegt der Ansatz für die Kritik am Subsidiaritätsprinzip bei *v. d. Gablentz*, O., Der Staat in der pluralistischen Gesellschaft, Festaussage für Heimann, Tübingen 1959, S. 140, und *Herzog*, Der Staat 2 (1963), 402/407. Vgl. auch *v. Campenhausen* (FN 55a).

fertigung ihres Wirkens, die politische Waffe und die naturrechtliche Weihe.

cc) Der Wortlaut des Grundgesetzes spiegelt allerdings den Machtpluralismus der Wirklichkeit nicht wider. Der *Grundrechtsteil* geht vom traditionellen *dualistischen* Spannungsverhältnis Staat — Individuum aus und sieht die privaten Verbände als verlängerte Arme der Einzelnen an (vgl. Art. 9 I, 19 III GG)²¹. Ob es der Verfassung gelingt, die Wirklichkeit als rechtliche Grundordnung zu durchdringen, hängt davon ab, ob sich die überkommenen Formeln der Verfassungsurkunde als „sinnvariabel“ (Johannes Heckel)²² der neuen Wirklichkeit anpassen. Nur unter dieser Bedingung kann auch das Subsidiaritätsprinzip Bestandteil der rechtlichen Grundordnung sein²³.

*c) Die Metamorphose zum Wohlfahrtsstaat — Daseinsvorsorge
als soziologisches Datum jeder rechtlichen Sozialordnung*

In den Weltkriegen und Wirtschaftskrisen des 20. Jahrhunderts waren die Voraussetzungen endgültig zerbrochen, auf denen die liberalen Subsidiaritätspostulate beruht hatten: die Ordnungen der konstitutionellen Monarchie und der hochkapitalistischen Wirtschaft, ebenso wie das liberale Ethos eines selbstsicheren Besitzbürgertums. Jeder Versuch, den Staat auf eine ergänzende Rolle rechtlich festzulegen, muß nunmehr von einer verwandelten Wirklichkeit ausgehen — der Wirklichkeit der Massendemokratie und des modernen Wohlfahrtsstaates.

aa) Die Autonomie des Individuums und die Autarkie der bürgerlichen Gesellschaft bieten nicht mehr den Grund, um ein rechtsstaatliches Schrankensystem zu verankern. Während die Ordnung der bürgerlich-liberalen Gesellschaft (und die ihr korrespondierende Staatsverfassung) ihr festes Richtmaß im Privateigentum gefunden hatte, das dem einzelnen *beatus possidens* soziale Freiheit gewährleistete, ist die Struktur der modernen Industriegesellschaft geprägt durch die flexible Größe der abhängigen Arbeit und des daraus fließenden Einkommens, von denen das Maß der realisierbaren Freiheit abhängt²⁴.

²¹ Zum normativen Aspekt: s. u. §§ 32/34, 46, 53. Auch die Anerkennung des Öffentlichkeitsstatus der Kirchen, Parteien, Tarifpartner geht nicht zwingend aus dem Wortlaut der Verfassungsurkunde hervor, sondern aus einem gewandelten materialen Verständnis, dem gegenüber sich die Formeln als „sinnvariabel“ erweisen. Vgl. besonders die staatskirchenrechtliche Abhandlung *Smends*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz.

²² Vgl. Heckel, J., *VerwArch.* 37 (1932), 281/282.

²³ Dazu u. §§ 53, 56, 59.

²⁴ Zum soziologischen Befund s. *Achinger*, H., Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg 1958, S. 33/39. Zum rechtlichen Befund: *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 26/27 und *passim*.

Die elementaren Lebensbedürfnisse des Individuums können nur nach den Gesetzen des Produktions- und Arbeitsprozesses befriedigt werden, auf die der Einzelne keine Macht ausübt, die in den Zuständigkeitsbereich kollektiver Einrichtungen entrückt sind — als Aufgaben öffentlicher „Daseinsvorsorge“²⁵.

Die Verfügungsgewalt über die Mittel der Daseinsvorsorge liegt in weitem Umfang beim Staat. Sie ist den gesellschaftlichen Mächten ebenso entglitten wie vorher den Individuen. Die Daseinsvorsorge der öffentlichen Verwaltung bezeichnet das wesentliche Verlustgebiet der Gesellschaft. Wenn sie auch aus diesem Verantwortungsbereich noch nicht völlig verdrängt ist, so wirkt sich doch auf ihn die Konzentrationstendenz, die Marx bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts beobachtet hat, in ihrer ganzen Kraft aus. Das 19. Jahrhundert stand allerdings vor allem im Zeichen der Etatisierung des öffentlichen Erziehungswesens. Der Staat setzte erfolgreich seine Bildungsmonopole durch. Keine ideologische Barriere vermochte diese Expansion auf Kosten der Gesellschaft aufzuhalten. Hatte Wilhelm von Humboldt noch in seinen „Ideen“ von 1792 dem Staat die öffentliche Erziehung der Bürger schlechthin versagt²⁶, so übernahm er doch zwei Jahrzehnte später als Leiter der preußischen Kultus- und Unterrichtsangelegenheiten den Ausbau und die Gestaltung des staatlichen Schul- und Universitätswesens. Wenn also hier die Blütenträume der idealistischen Staatstheorie überhaupt nicht in der Wirklichkeit gereift waren, so hatte doch der von liberalen Vorstellungen geprägte Staat des 19. Jahrhunderts die „soziale Frage“ der gesellschaftlichen Selbstregulierung überlassen.

Die Übernahme dieser Verantwortung kennzeichnet den Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts. Die gesellschaftliche Ordnung erscheint heute nicht mehr als prästabilisierte Harmonie, vielmehr liegt in ihr ein dauernder Anruf an den Staat, im Wechsel der Lagen nach neuen Lösungen zu suchen. Damit hat der Staat die Kompetenzschranke beseitigt, die ihn von der Gesellschaft getrennt hatte. Staat und Gesellschaft sind in unmittelbare Nähe zueinander gerückt. Der liberale Dualismus, der beide Größen als Antipoden erscheinen ließ, ist aufgehoben und abgelöst durch ein System der wechselseitigen Zuordnung, in dem der Staat die Gesellschaft durchdrungen hat, in einer „Osmose“²⁷ beider Organismen. Jetzt umgibt der Staat die Gesellschaft nicht mehr mit einer starren Rahmenordnung, sondern er ergreift selbst die Steuerung des sozialen Ge-

²⁵ Bahnbrechend war *Forsthoffs* Studie „Die Verwaltung als Leistungsträger“, 1938 (Begriff: S. 6/7). Fortgebildet wurde die Lehre in: Lehrbuch, Vorbem. zu § 19, S. 340/345; Daseinsvorsorge, S. 111/128; Rechtsfragen, (Einleitung zur Neuauflage des Werkes von 1938), S. 9/21.

²⁶ *Humboldt*, *Ideen*, S. 57/63 (s. o. § 10).

²⁷ Vgl. *Forsthoff*, *Rechtsfragen*, S. 18.

schehens, wenn er auch von einer völligen Etisierung der Gesellschaft absieht. Er begnügt sich nicht mehr damit, für den reibungslosen Gütertausch und den unbehelligten Gütergenuß zu sorgen, sondern er übernimmt auch die Umverteilung der Güter nach dem Leitbild sozialer Gerechtigkeit. Die *iustitia commutativa* wird als Richtmaß durch die *iustitia re-distributiva* zurückgedrängt.

Unter den vielgestaltigen Mitteln der ökonomischen Umgestaltung sind die wirksamsten die Steuergesetze, in denen sich immer stärker der Lenkungszweck neben dem Zweck, Einnahmen zu erzielen, durchsetzt²⁸, und die Subventionen, über die nach staatlichen Ordnungsvorstellungen in die Gesellschaft zurückfließt, was ihr zuvor entzogen worden ist²⁹. Während der Sozialgestaltungszweck die überkommenen obrigkeitlichen Formen des Staatshandelns (insbesondere das Gesetz) umprägt³⁰, verwirklicht er sich daneben in zunehmendem Maße über nichthoheitliche Mittel, wie sie der Art nach auch dem Einzelnen zustehen. Die scheinbare Zurückhaltung, die darin liegt, daß der Staat sein Imperium nicht einsetzt, hat in Wahrheit seinen Machtkreis wesentlich erweitert und seine Allgegenwart in der Gesellschaft erst ermöglicht: Gerade der Verzicht auf die Befehlsgewalt hat ihn beweglich und anpassungsfähig gemacht. Er hat ihn weithin von den Fesseln der Publizität befreit und seine Tätigkeit der Kontrolle entzogen, denen die obrigkeitlichen Akte unterworfen sind. Die traditionellen Kategorien des öffentlichen Rechts, die am polizeilichen Eingriff entwickelt worden sind, erweisen sich als unfähig, die mannigfaltigen Methoden staatlicher Sozialgestaltung zu erfassen, und als zu schwerfällig, um die Exekutive auf der „Flucht in das Privatrecht“ einzuholen.

Für den Bürger des Versorgungsstaates tritt die Frage nach der Freiheit vom Staat in den Hintergrund gegenüber der Frage nach der Teilhabe an seinen Leistungen³¹. Das Verlangen nach sozialer Sicherheit läßt das

²⁸ Vgl. *Bellstedt*, Ch., Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, Schweizingen 1959; *Badura* (FN 24), S. 25/26; *Friauf*, Grenzen.

²⁹ Über Realität und Recht der Subvention die Staatsrechtslehrerreferate von *Ipsen* und *Zacher*, VVDStRL 25 (1967), S. 257/307, 308/400.

³⁰ Zur Umgestaltung des Steuergesetzes s. Nachw. FN 28. Zum Phänomen des „Maßnahmengesetzes“: *Forsthoff*, E., Über Maßnahmengesetze, S. 78/98; *Huber*, K., Maßnahmengesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963; *Zeidler*, K., Maßnahmengesetz und „klassisches Gesetz“, Karlsruhe 1961. Zusammenfassend zum Formenproblem im Wirtschaftsverwaltungsrecht: *Rüfner*, Formen, S. 125/208, 235/419.

³¹ Vgl. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 15/27; ders., Daseinsvorsorge, S. 116/117. Der status positivus des Leistungsempfängers war bereits in § 17 DGO vom 15. Dezember 1935 gesetzlich gesichert worden. Für das Privatrecht hatte *H. C. Nipperdey* in schöpferischer Form das Institut des Kontrahierungszwanges herausgearbeitet (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920).

Ethos individueller Freiheit verkümmern. So wird die neue Staatsnähe und Staatsabhängigkeit auch nicht als drückend empfunden. In dem Maße, in dem die Einzelnen das Vertrauen in ihr eigenes Leistungsvermögen einbüßen, erschallt der Ruf nach dem Staat als dem Erlöser aus allen sozialen Schwierigkeiten. Nachdem das Individuum im 18. Jahrhundert sich selbstbewußt der Bevormundung des Staates entzogen hatte, hat es sich im 20. Jahrhundert freiwillig in seine Obhut zurückbegeben. Denn im Wechsel der Lagen verbürgt ihm der Staat als einzige Instanz, deren Stetigkeit er gewiß sein kann, das unerläßliche Maß von dauernder, wirksamer Existenzsicherung³². Dieses Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Staates ist auch dort ungeschwächt, wo seine politische Integrationskraft nachgelassen hat. Denn gerade da, wo die eigentliche Autorität des hoheitlichen Staates verblaßt ist, kann er sich der Subventionsanträge der gesellschaftlichen Gruppen kaum noch erwehren und im Widerstreit der Verbandsinteressen nur schwer die Erfordernisse des Gemeinwohls durchsetzen.

Aus der Metamorphose des Eingriffsstaats zum Wohlfahrtsstaat ist die Tendenz zur gesellschaftlichen Nivellierung und Uniformierung erwachsen. Kant hatte dem Staat das Recht abgesprochen, sich um das Glück der Bürger zu kümmern, weil die Vorstellungen vom Glück unendlich verschieden seien, die Glückseligkeit kein allgemeines Gesetz aufweise³³. Dieses allgemeine Gesetz aber hat der moderne Wohlfahrtsstaat für sich gefunden: in einem bestimmten sozialen Standard, einem Normalmaß der Lebensführung. Das Daseinsglück wird aus der Sicht des Versorgungsstaates zur Konfektionsware. Der soziale Standard enthält das Leitbild der materiellen Gleichheit; dieses sozialstaatliche Prinzip überlagert die rechtsstaatliche Norm der formalen Gleichheit vor dem Gesetz, auf deren Boden allein freie Individualität und gesellschaftliche Mannigfaltigkeit gedeihen können. Der moderne Typus des Sozialversicherungsnehmers und des Sozialhilfeempfängers, der jederzeit bereit ist, das Erstgeburtsrecht seiner Freiheit gegen ein Linsengericht der sozialen Sicherheit einzuhandeln, verkörpert geradezu das Gegenbild zum Persönlichkeitsideal des Frühliberalismus: jener autonomen Persönlichkeit, die lieber in Freiheit ihr Glück verfehlte, als daß sie sich in Unfreiheit

³² Hier offenbart sich ein grundlegender Wandel der Sozialauffassung gegenüber dem bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts: Robert v. Mohl hatte die Subsidiarität jeder Staatstätigkeit (auch) mit der „Unsicherheit ihrer Beendigung“ gerechtfertigt (Polizei-Wissenschaft I, S. 25; s. o. § 12): Während der Staat, vom Wechsel der Regierungen und Systeme bedroht, keine Kontinuität gewährleisten konnte, garantierte die Gesellschaft echte Konstanz.

³³ Vgl. Kant, Über den Gemeinspruch, S. 154, A. 252 (s. o. § 10). Zur Standardisierung des Glücks vgl. Krüger, Staatslehre, S. 802/803. Zur sozialistischen Lehre von der Objektivierung des Glücks mit Kritik an Kant s. Marcuse, H., Zur Kritik des Hedonismus, in: Kultur und Gesellschaft I, Frankfurt 1967, S. 128/168.

zu ihrem Glück zwingen ließ. Hier zeigen sich die Gründe für jenen Verlust an Individualität und Liberalität, den Ortega y Gasset als Folge des „Aufstands der Massen“ beklagt. Diese Wirkungen der staatlichen Expansion bedrohen nicht nur die Freiheit des Einzelnen, sondern letzten Endes die Leistungskraft des Staates selbst, der auf die Leistungen seiner Bürger angewiesen ist³⁴.

bb) So erhebt sich um des Menschen wie um des Staates willen die Notwendigkeit, den Prozeß ungehemmter Sozialisierung aller Lebensräume nicht fatalistisch wie ein unabwendbares Naturereignis hinzunehmen, sondern ihn rechtlich zu bewältigen, ihm Ziel und Grenze zu setzen. Obwohl ihm heute die Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewachsen ist und er sich ihr dem Grunde nach nicht entziehen kann, muß ein Maß dafür gefunden werden, wie er seine Verantwortung aktualisiert, muß verhindert werden, daß aus dem Wohlfahrtsstaat ein Capua werde, in dem die individuelle Spontaneität zu sozialer Indolenz erschlafft.

Jeder Versuch, diese Phänomene der sozialen Wirklichkeit normativ zu erfassen, muß von den ontischen Daten ausgehen, die einer rechtlichen Regelung vorgegeben sind und den Spielraum rechtlicher Gestaltungsformen eingrenzen. Wenn sich ein Staatsorgan in unbekümmertem Dezinismus darüber hinwegsetzen wollte, so müßten seine Rechtsakte an der Sachgesetzlichkeit zerschellen. Die Erscheinungen der Daseinsvorsorge sind technischen Entwicklungen und soziologischen Bedürfnissen entsprungen, nicht aber grundsätzlichen politischen Entscheidungen. Die Rechtsordnung hat erst nachträglich — und auch das nur lückenhaft — von ihnen Kenntnis genommen. So war der liberale „Nachtwächterstaat“ in der geschichtlichen Wirklichkeit längst verabschiedet, ehe eine Verfassung den Sozialstaat proklamierte.

Folgende Momente, die jeder möglichen rechtlichen Entscheidung in der zu gestaltenden Wirklichkeit vorgegeben waren, seien hervorgehoben:

1. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft und die innergesellschaftlichen Beziehungen sind gekennzeichnet durch allseitige Interdependenzen. Das soziale Leben ist kein quasi-naturwissenschaftlicher Automatismus, der unbeeinflussbar ist wie das Wetter; vielmehr bildet es eine menschliche Ordnungsaufgabe³⁵.

³⁴ J. Ortega y Gasset, *Der Aufstand der Massen*, dt. Ausgabe, Hamburg 1962, bes. S. 89; ähnlich W. Röpke, *Civitas humana*, S. 212/216.

³⁵ Vor allem Franz Böhm hat die Zusammenhänge von ökonomischen Daten und politischen Ordnungsvorstellungen hervorgehoben und damit die Bedeutung einer rechtlichen Wirtschaftsverfassung erwiesen (vgl. Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, bes. S. 318 ff., Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Berlin 1937; Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1950). Eine Übersicht über diese Zusammenhänge im Zeichen der Wirtschaftsverfassung bietet Ballerstedt, GR III/1, S. 1/29 (bes. S. 18).

2. Diese Aufgabe ist dem Staat zugefallen. Wenn der Staat auch nicht die *alleinige* soziale Verantwortung zu tragen hat, so trägt er doch die *letztliche* Verantwortung. Ein Rückzug auf die Funktion eines „Rechtsbewahrstaats“³⁶ ist ihm versagt.

3. Damit hat der Staat auch die individuelle Daseinssicherung zu verbürgen, soweit den Individuen die Fähigkeiten dazu fehlen. Wo der Status des Einzelnen nicht durch Autarkie, sondern durch Abhängigkeit bestimmt ist, kann er seine Freiheit nur auf dem Fundament sozialer Sicherheit verwirklichen und nur auf diesem Unterbau zu Selbstgestaltung und Selbsthilfe gelangen³⁷.

4. Die Strukturen der Daseinsvorsorge belassen für die Privatautonomie und für die politische Entscheidungsgewalt nur einen engen Spielraum. Die sozialen und ökonomischen Erfordernisse und die technischen Möglichkeiten determinieren weithin das „Was“, „Ob“ und „Wie“ der Daseinsvorsorge. Daß der Einzelne etwa auf die öffentlichen Verkehrsmittel oder Energielieferungen angewiesen ist, entspringt weder seinem eigenen Willensentschluß noch einem Befehl des Versorgungsträgers, sondern ist ihm in seiner geschichtlichen Situation vorgegeben. Die sachgebotenen Ordnungsmomente, die in der Daseinsvorsorge liegen, bleiben gleich, ob ein staatlicher oder ein gesellschaftlicher Verband die Leistungen erbringt³⁸.

cc) Offen bleibt jedoch in diesem Gefüge der Sachnotwendigkeiten, wer die Zuständigkeiten der Daseinsvorsorge im konkreten Fall ausübt, ob der Staat sie in eigene Regie nimmt oder ob er sie gesellschaftlichen Instanzen überläßt und seiner Verantwortung dadurch nachkommt, daß er sie kontrolliert. Diesen Gestaltungsraum wies Forsthoff schon im Jahre 1938 auf:

„Die ihn (sc. den Staat) heute teils explicit, teils implicit belastende Verantwortung für eine angemessene, insbesondere auch sozialgerechte Gestaltung der Leistungsbeziehungen ließe sich aber *aus einer erstklassigen in eine subsidiäre verwandeln*, in dem Sinne, daß sich der Staat auf eine Oberaufsicht über unterstaatliche gemeinschaftsförmige Leistungsträger beschränkt. Aber auch in diesem Falle würde eine staatliche Regelung nicht zu entbehren sein, welche die allgemeinen Lebensverhältnisse einheitlich festzulegen hätte, um der Autonomie der Leistungsträger gewisse notwendige Schranken zu setzen, die Rechtseinheit für das ganze Reich in einem gewissen Rahmen zu gewähr-

³⁶ Vgl. Krüger, DVBl. 1951, 364.

³⁷ Dazu Krüger (FN 33), S. 813.

³⁸ Diese Gleichwertigkeit der öffentlichen Funktionen bei ungleichartigen Trägern der Funktion bildet die Grundlage des EnergG vom 13. Dezember 1935, das die Versorgungsunternehmen unter dem Gesichtspunkt ihrer öffentlichen Aufgabe „ohne Rücksicht auf Rechtsformen und Eigentumsverhältnisse“ zusammengefaßt hat (RGBl. I, S. 1451). — Zur Gleichwertigkeit der Funktionen: Leisner, Grundrechte, S. 213/214. Zur Irrelevanz der Rechtsformen: Badura, DÖV 1966, 631 mit Nachw.

leisten und den sonstigen übergreifenden Interessen des Staates Genüge zu tun³⁹.“

Hier erschließt sich im Bereich der Daseinsvorsorge ein mögliches Anwendungsfeld des Subsidiaritätsprinzips — als Zuständigkeitsgesetz der konkurrierenden Leistungsträger in Staat und Gesellschaft. Da die Bewältigung der Aufgaben notwendig, die Art der Tätigkeit gleichartig ist, sind die Subjekte dieser Tätigkeit in eine Vergleichsebene gerückt, auf der eine Konkurrenzregel angewendet werden kann und das Urteil über die jeweilige Leistungsfähigkeit möglich ist. Die hierarchische Ordnung, in der diese Subjekte zueinander stehen, gestattet es, Primär- und Sekundärzuständigkeiten zuzuerkennen. Jenseits aller organisch-korporativistischen Ideologien, die die moderne Gesellschaft nur als atomistisches Gebilde zu erblicken vermögen, hat diese Gesellschaft von innen heraus Ordnungsstrukturen entwickelt, die dem Subsidiaritätsprinzip einen Ansatz bieten.

dd) Die Erscheinungen der Daseinsvorsorge enthalten noch einen weiteren Anknüpfungspunkt für diesen Grundsatz. Forsthoff bestimmt sie von der Ergänzungsbedürftigkeit der Individuen her⁴⁰: Angelegenheiten, die anfänglich der Einzelne allein besorgte, sind in die Zuständigkeit der Kollektive — zuerst gesellschaftlicher, dann staatlicher — übergegangen. Weil die Kräfte des ursprünglichen Kompetenzträgers nicht mehr ausreichten, um die Aufgaben zu bewältigen, sind größere Instanzen an seine Stelle gerückt, die den Aufgaben gewachsen waren. Dieser historische Prozeß kann als Schulfall für jene Kompetenzverlagerungen nach oben betrachtet werden, auf denen das Subsidiaritätsprinzip beruht und die es nicht verhindern will. Wenn man nun die historisch-ontische Erforderlichkeit, die die Daseinsvorsorge hervorgebracht hat, auch als ein rechtliches Gebot und das soziologisch-ontische Kriterium der Ergänzungsbedürftigkeit zugleich als ethische Schranke sieht, wenn man den Sprung vom Sein zum Sollen wagt, dann ist der Weg zu einer rechtlichen Formulierung des Subsidiaritätsgedankens aus dem Wesen der Daseinsvorsorge heraus frei⁴¹. Das Subsidiaritätsprinzip würde die Kollektivleistungen

³⁹ Verwaltung, S. 49 (Hervorhebung nicht im Original). — Dagegen engt *Badura* (DÖV 1966, 630/631) die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck nur auf die Ziele der Verwaltung ein und schließt jeden anderen Leistungsträger von dieser Kategorie aus. Die herrschende Auffassung allerdings erfaßt die Daseinsvorsorge von ihrem Inhalt, nicht aber von ihrem Träger her (vgl. *Dürig*, in: M—D, Art. 19 III/47, S. 31, FN 1; *Fischerhof*, DÖV 1960, 42/43; *Leisner* (FN 38), S. 210/214).

⁴⁰ Nachw. s. o. FN 25, bes. Verwaltung, S. 6/7.

⁴¹ Ob der Begriff Daseinsvorsorge irgendwelche normative Relevanz aufweist, ist bestritten. Ablehnend vor allem: *Fischerhof*, DÖV 1957, S. 312/314; ders., DÖV 1960, S. 42/43; *Frenzel*, Betrachtungen, S. 32/34; *Depenbrock*, Stellung, S. 46/55 (bes. S. 51/54); *Ipsen*, NJW 1963, 2055; *Maunz*, VerwArch 50 (1959), 319; ders., BayVBl. 1957, 4; *Siedler-Zeitler*, Bay. Straßen- und Wegegesetz, München 1960, Art. 40/4; *Stern*, BayVBl. 1962, 131.

dort verbieten, wo der Einzelne sich noch hinreichend selber helfen kann, wo er der Ergänzung nicht bedarf; es würde fordern, die individuelle Selbständigkeit in größtmöglicher Weise zu erhalten und seine Abhängigkeiten auf das unerläßliche Maß zu begrenzen.

So öffnen sich der Subsidiaritätsidee zwei Anwendungsmöglichkeiten im Bezugssystem des modernen Versorgungsstaates: als Regulativ des Einsatzes der Daseinsvorsorge und als Maß ihres Umfangs — daneben als Zuständigkeitsgesetz der Leistungsträger untereinander; als Grenzmarke zwischen Selbsthilfe und Fremdhilfe — aber auch als Vorrangprinzip innerhalb der Einrichtungen, die die Fremdhilfe erbringen⁴².

Die zweite Spielart einer subsidiären Gestaltung der öffentlichen Daseinsvorsorge verwirklichte § 67 DGO vom 30. Januar 1935: diese Bestimmung drängte die kommunale Tätigkeit auf eine „Reservestellung“ gegenüber der freien Wirtschaft zurück⁴³. Daneben wies das vorkonstitu-

Hatte *Forsthoff* in seiner Schrift von 1938 (FN 25) die Daseinsvorsorge wesentlich nur als soziologische Erscheinung gewürdigt, so ist er später dazu gelangt, sie als verwaltungsrechtlichen Begriff zu erfassen (vgl. Verwaltungsrecht I, S. 342). Zur Entwicklung der Daseinsvorsorge als normativen Verwaltungszweck s. *Badura*, DÖV 1966, 627, 629/633, und (FN 24), S. 21.

⁴² Als normative Kriterien sind diese Gesichtspunkte (vor allem der zweite) in der Literatur weithin anerkannt worden. So wird die Grenze des Art. 75 I 3 BayGO (bzw. des § 67 I 3 DGO) sogar als Begriffsmerkmal der — normativen — Daseinsvorsorge von *Fröhler* (BayVBl. 1956, S. 139) und *Hamann* (Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 68/71) eingefügt. Die Ausübung der öffentlichen Daseinsvorsorge wird von beiden Subsidiaritätsformen abhängig gemacht bei *Fritz von Hippel* (Aufbau, S. 55): Die privatrechtliche Daseinsvorsorge sei für die Menschen bestimmt, die aus eigener Gegenleistung am privatrechtlichen Versorgungssystem teilhätten oder aber ein hinreichendes eigenes Vermögen bereits besäßen; wer auf dieser Ebene nicht versorgt werde, trete unter eine zusätzliche Daseinsvorsorge mannigfach gegliederter, grundsätzlich von unten nach oben aufzubauender weiterer Rechtsgemeinschaften, die für typisch wiederkehrende Fälle zusätzliche eigene Lebensordnungen aufstellten und den Anschluß des Bedürftigen an den normalen rechtsgeschäftlichen Verkehr herstellten (ebenso: *Kollmar*, Problem, S. 162/163). Nur eine subsidiäre Kompetenz der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge erkennen ferner an: *Dürig*, BayVBl. 1959, S. 203; ders., M—D, Art. 19 III/47, S. 31 (FN 1); *Fischerhof*, DÖV 1960, S. 43/44; *Krause-Ablaß*, G. B., Zur Koexistenz von Presse und Fernsehen, in: Rundfunkanstalten und Tageszeitungen, Frankfurt 1965, S. 196 (203); *Krüger*, Rundfunk, S. 21/22; *Maunz*, VerwArch 50 (1959), 323; in abgeschwächter Form auch *Menger*, Begriff, S. 30; *Sieder-Zeitler* (FN 41), Art. 40/4; wohl auch *Leisner* (FN 38), S. 214; *Peters*, Verwaltung, S. 8/9; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 11 II 5.

Forsthoff bejaht den Weg der Subsidiarität übrigens nicht (Die Daseinsvorsorge und die Kommunen): Er stellt zwar im Bereich der Daseinsvorsorge „eine durchgängige Stufenfolge von der Gemeinde über das Land zum Bund“ fest (S. 122), nimmt den Gedanken einer „Entlastung der Verwaltung von nicht notwendigen Obliegenheiten“ ernst und warnt vor einer Etatisierung, aber er lehnt auch die Liberalisierung ab: Eine Gemeinde sei schlecht beraten, welche die lukrativen Unternehmungen, sei es auch zu günstigen Bedingungen, aus der Hand gebe, damit die Einheit der Daseinsvorsorge zerstöre und sich der Möglichkeit sozialer Angleichungen begebe (S. 119).

⁴³ Vgl. *Köttgen*, Reich und Länder, 1936, 40/41. s. o. § 15.

tionelle Recht der öffentlichen Fürsorge bereits Ansätze dazu auf, in beiden Beziehungen die Möglichkeiten subsidiärer Zuordnung zu verwirklichen⁴⁴.

ee) Die Realität, die die Verfassung vorgefunden hat, weist also Bedingungen auf, die es ermöglichen, den Subsidiaritätsgrundsatz zum rechtlichen Leitbild zu wählen. Ob das Bonner Grundgesetz diese Möglichkeit verwirklicht, läßt sich nicht auf Grund einer soziologischen Betrachtung der Realität, sondern nur auf Grund einer juristischen Auslegung des Verfassungstextes beantworten. Unentrinnbar vorgegeben ist dem Verfassungsrecht nur der Horizont seiner Lösungen. Dieser umschreibt die soziale Verantwortung, die dem modernen Staate notwendig zugefallen ist. In ihr ist jene Solidarität enthalten, die als Grund-Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Hilfe gegenüber ihren Gliedern („positive Subsidiarität“) die Voraussetzung für jede Vorrangentscheidung, wer die Aufgabe zu bewältigen hat („negative Subsidiarität“), bildet.

So weisen die Phänomene des modernen Wohlfahrtsstaates, die zunächst nur subsidiaritätsfeindliche, zentralisierende, sozialisierende Tendenzen zu bergen schienen, gerade neuartige soziologische Voraussetzungen auf, die eine Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips erlauben.

3. Ideologische Momente

a) *Die Renaissance des Naturrechts*

Naturrecht und Rechtspositivismus stehen in ewigem Gezeitenwechsel. Jede dynamisch-revolutionäre Naturrechtsideologie, die sich in der politischen Wirklichkeit durchgesetzt hat, drängt danach, sich in institutionellen Formen zu verfestigen und in geschriebenen Gesetzen auszudrücken. Sowie die angemessene Positivierung gelungen und der institutionelle Sättigungspunkt erreicht ist, hat sich der naturrechtliche Elan erschöpft, und die Rechtswissenschaft kann sich damit begnügen, die positiven Normen als solche zu betrachten. Aufschlußreichstes Phänomen einer solchen Entwicklung in der neueren Rechtsgeschichte ist die Kodifikationsbewegung des ausgehenden 18. Jahrhunderts, in dem die Ära des

⁴⁴ Im Verhältnis Eigenhilfe—Fremdhilfe: § 8 *RGrunds* vom 1. August 1931 (RGBl. I, S. 441); im Verhältnis der Träger zueinander: § 5 III *FürsPflVO* vom 13. Februar 1924 (RGBl. I, S. 100). Fürsorge und Daseinsvorsorge fallen aber nicht zusammen. Zwar entspringen beide Erscheinungen des modernen Verteilerstaates der Ergänzungsbedürftigkeit des Individuums. Diese ist bei der Daseinsvorsorge eine typische, generelle, dagegen bei der Fürsorge eine anormale, individuelle Lage. Die Daseinsvorsorge gehört gewissermaßen zur Sozialhygiene, die Fürsorge zur Sozialpathologie. Nach *Becker* (VVDStRL 14, 1956, S. 110) wendet sich die Fürsorge im Gegensatz zur Daseinsvorsorge nicht an jedermann, ist in der Regel repressiv, subsidiär, immer singulär und grundsätzlich erstattungspflichtig.

rationalistischen Naturrechts sich vollendete⁴⁵ und das Zeitalter des Positivismus seine Grundlagen erhielt.

Die isolierende Würdigung der Rechtsformen ist so lange unproblematisch, wie die Wertvorstellungen, die in ihnen normativen Ausdruck erlangt haben, weiterwirken und kein Spannungsverhältnis zwischen den Institutionen und dem objektiven Geist, dem sie als Medien dienen sollen, spürbar ist. So beruhte der staatsrechtliche Positivismus des 19. Jahrhunderts auf den Prämissen des politischen und ökonomischen Liberalismus. In welchem Maße die Formen des bürgerlichen Rechtsstaates notwendige Funktionen einer meta-juristischen Ideologie, eines Krypto-Naturrechts waren, wurde bereits deutlich, als der Staat mit sozialen Aufgaben konfrontiert wurde und sozialistische Tendenzen das liberale Establishment in Frage stellten⁴⁶. Die Abhängigkeit der rechtsstaatlichen Technizität von einer materialen Zweckordnung wurde vollends sichtbar, als sich im Nationalsozialismus eine politische Richtung des Staates bemächtigte, die dem liberalen Individualismus völlig entgegengesetzt war. Die Institutionen mußten denaturiert und letztlich gesprengt werden — im Zeichen einer neuen Naturrechtslehre!

aa) Die „ewige Wiederkehr des Naturrechts“ (Rommen) hatte nicht erst im Jahre 1945, sondern bereits im Jahre 1933 eingesetzt⁴⁷. War aber das nationalsozialistische Naturrecht an dem Kollektivwert der völkischen Daseinsbehauptung ausgerichtet gewesen, so erfolgte jetzt der Umschlag in die Antithese des *personalistischen Naturrechts*, das den Wert der menschlichen Person zum Grundwert jeder Ordnung erhob⁴⁸. Die Antwort auf die Überwältigung des Menschen war die Proklamation der Menschenwürde. Auf die materiale Wertlehre des NS-Staates konnte nur eine materiale Wertlehre antworten. Da der Rechtsformalismus dem

⁴⁵ Zum Naturrechtscharakter der preußischen, französischen und österreichischen Kodifikationen: *Erik Wolf*, Problem, S. 114/115.

⁴⁶ Dazu näher §§ 12, 26. 34.

⁴⁷ Vgl. *Rommen*, H., Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1. Aufl. 1936, 2. Aufl. 1947. — *Carl Schmitt* stellte im Jahre 1934 fest, daß die Zeit des juristischen Positivismus normativistischer und dezisionistischer Spielart zu Ende gegangen sei und das „konkrete Gestaltendenken“ die juristische Methode der neuen Ordnung bilden müsse (Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, bes. S. 58). Deutungen der NS-Lehre als kollektivistische Naturrechtsideologie: *E. Wolf* (FN 45), S. 88, 90; *A. Arndt*, Die Krise des Rechts, in: *Maihofer* (FN 48), S. 118.

⁴⁸ Zur Renaissance des Naturrechts (zusammenfassend): *Würtenberger*, T., Wege zum Naturrecht in Deutschland, ARSP 38 (1949/50), S. 98/138; ders., Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart, JZ 1955, 1/5; *Boehmer*, G., Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II/1, Tübingen 1951, S. 212/232; *Leisner*, W., Grundrechte, S. 129/138; *Weinkauff*, H., Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *Maihofer*, S. 554/576; *Hofmann*, R., Naturrecht und Rechtsprechung, Zeitschr. f. Politik, 12 (1965), 121 ff. Vgl. die Beiträge in *Maihofers* Sammelwerk „Naturrecht oder Rechtspositivismus?“.

Juristen die Maßstäbe zur inhaltlichen Überprüfung staatlicher Akte entwunden hatte, konnten nunmehr auch formal-apriorische Kategorien (in der Art von Stammlers neukantianischer Lehre) nicht mehr dem Bedürfnis nach Maßstäben „übergesetzlichen Rechts“ genügen, mit deren Hilfe sich „gesetzliches Unrecht“ ausscheiden ließe⁴⁹.

Diese Maßstäbe boten sich in den „vorstaatlichen Freiheitsrechten“. Die Freiheit des Einzelnen war nunmehr Grund und Grenze der staatlichen Gewalt. Die transpersonalen Werte wurden dem personalen Zentralwert untergeordnet. Jede Ordnung sollte sich nach dem Maß des Menschen bilden und mußte damit ihr selbstzweckhaftes Eigendasein einbüßen. Die *liberale Staatslegitimation* hatte sich erneut durchgesetzt.

Allerdings hatte sie ihre Gestalt verwandelt. Die menschliche Freiheit bedeutete nicht mehr einen Bezirk der Unbestimmtheit, der Beliebigkeit, der schlechthin privaten Individualität, sondern Ausdruck der *dignitas humana*. Die Freiheit mußte materiale Züge annehmen, weil sie aus materialem Fundament erwuchs. Da ein Grundwert in der *dignitas humana* axiomatisch vorgegeben war, brauchten die Freiheitsrechte nicht mehr als geschichtlich zufälliger, zweckmäßig gefaßter Topoikatalog gedeutet zu werden, sondern erschienen als Ausdruck einer Wertordnung. Damit konnten die Freiheitswerte „unverzichtbar“ und „unveräußerlich“ für den Einzelnen werden. Die Freiheit zeigte sich zugleich als Verpflichtung zu ihrer Ausübung (der Leitgedanke des Neo-Liberalismus)⁵⁰ und als Bezug zum Gemeinwohl (die Voraussetzung der Sozialstaatlichkeit)⁵¹. Die zur Wertordnung objektivizierte Freiheit konnte nunmehr auch ihre institutionelle Darstellung in einem gesellschaftsföderalen Organisationsystem finden⁵². Die Antinomie zwischen dem Liberalismus und dem Föderalismus war damit aufgehoben. Die Synthese beider Ordnungsvorstellungen mußte notwendig das Subsidiaritätsprinzip hervorbringen⁵³.

Damit wirkte — den Bestrebungen der Naturrechtsrenaissance gemäß — eine zwiefache Tendenz gegen die faschistische Ordnung im Subsidiaritätsgrundsatz: der Personalismus gegen den Kollektivismus, der gesellschaftliche Pluralismus gegen den Staatsmonismus.

bb) So fand die *neuscholastische Naturrechtslehre* günstige Bedingungen vor, um dem päpstlichen Subsidiaritätsprinzip Gehör und schließlich auch weithin Aufnahme im Prinzipienkatalog der säkularen Doktrin zu ver-

⁴⁹ Vgl. die Absage *Radbruchs* an den Positivismus: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: Rechtsphilosophie, S. 347/357.

⁵⁰ s. u. § 30.

⁵¹ s. o. § 26; u. §§ 34, 40.

⁵² Der Persönlichkeitsbezug der Verbände wird hervorgehoben von *Coing*, H., Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947, S. 46, 98/105.

⁵³ s. u. § 28.

schaffen⁵⁴. Unter den verschiedenen rechtsphilosophischen Strömungen hatte das neuscholastische Naturrecht besonderen Einfluß erlangt. Dieser Einfluß war nicht nur mit dem erneuerten Ansehen der katholischen Kirche zu erklären, in der die Neuscholastik vor allem beheimatet war, und mit dem religiösen Renouveau, der mit der Naturrechtsrenaissance zeitlich zusammentraf. Es kam hinzu, daß die katholische Kirche auch während des positivistischen Zeitalters, in dem das Naturrecht nur noch die Aufmerksamkeit der Historiker auf sich gezogen hatte, in geradezu anachronistischer Weise an der Naturrechtslehre der thomistischen Tradition festgehalten hatte, nun aber eine naturrechtliche Konzeption anzubieten vermochte, wo im übrigen nur rückgreifende Besinnung auf vergangene Systeme oder vorgreifende Spekulation auf eine neue Grundlegung des Rechts möglich war.

Die stärksten Auswirkungen, welche die katholische Anthropologie und Staatslehre (philosophischer wie theologischer Fundierungen) im deutschen Rechtskreis ausübten, gingen von der Idee der Menschenwürde, die als *imago dei* gedeutet wurde⁵⁵, und vom Subsidiaritätsprinzip^{55a} aus. Zwischen beiden Leitbildern wurde ein Zusammenhang gesehen: Die Subsidiarität jeder Gemeinschaft sichere dem Menschen jene Freiheit, deren er bedürfe, um seine Würde wahren zu können⁵⁶.

⁵⁴ Dazu o. §§ 2/6. — Aber auch in der kirchlichen Lehre hatte der Grundsatz, wesentlich bedingt durch die Strömungen im säkularen Bereich, erst nach dem 2. Weltkrieg echte Aktualität erlangt; in den Jahren zuvor waren vor allem die Elemente der päpstlichen Verlautbarung beachtet worden, die mit autoritärem Staatsdenken eher vereinbar schienen („ordines“-Lehre).

Zum Einfluß der katholischen Naturrechtslehre nach 1945: *H. Simon*, Katholisierung des Rechtes?, Göttingen 1962 (Materialsammlung und Kritik aus evangelischer Sicht); *Hans Maier*, AöR 93 (1968), 1/4, 34/36.

⁵⁵ Die Auswirkungen sind deutlich in den Deutungen des verfassungsrechtlichen Menschenwürdebegriffs bei *Dürig* (in Maunz-Dürig, Art. 1, und in AöR 81, 1956, 125 ff.) und *Wertenbruch* (Grundgesetz und Menschenwürde) zu erkennen. Kritisch gegenüber den Versuchen, die Begrifflichkeit des Grundgesetzes mit spezifisch katholischen Vorstellungen zu füllen, vor allem die „Würde des Menschen“ (Art. 1 I GG) von der *Imago-dei*-Lehre her zu deuten: *Zippelius*, BK, Zweitebearbeitung, Art. 1 I/2.

^{55a} Ein Beispiel für den Einfluß der kirchlichen Subsidiaritätsdoktrin auf die Gesetzgebung liefert, außer den Sozialgesetzen von 1961 (dazu o. Einl. und § 1), das Kindergeldgesetz vom 13. 11. 1954 (BGBl. I S. 333); dazu kritisch *B. Stein*, Der Familienlohn, Berlin 1956, S. 19/24, 36/37, 199/248 mit Nachw. — Beispiele für den Überstieg von naturrechtlichen Vorstellungen auf gesetzpolitische Forderungen und verfassungsrechtliche Auslegungen im Zeichen des Subsidiaritätsprinzips: *H. Peters*, in: *Sorge um die Gesundheit*, München 1959, S. 269/277, bes. S. 270/273; *J. Höffner*, ebd., S. 251/268; vgl. auch *Achinger-Höffner* u. a., Neuordnung, S. 21/30.

Kritik von evangelischer Seite an den gesetzpolitischen Konsequenzen der katholischen Subsidiaritätslehre: *Simon* (FN 54), S. 43/45; *A. Fh. v. Campenhäusen*, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, Göttingen 1967, S. 212/227 (zur Schulpolitik).

⁵⁶ Die Synthese zeigt besonders eindrucksvoll *A. Verdroß* (Was ist Recht?, 1953, in: *Maihofer*, S. 318); s. auch u. § 48.

cc) Auch von der *protestantischen Sozialethik* gingen Impulse aus, die in die Nähe des Subsidiaritätsprinzips führten. Das gilt vor allem von der „Gerechtigkeits“-Lehre *Emil Brunners*⁵⁷:

Der Primat des Einzelnen vor jeder Kollektivgewalt sei im christlichen Schöpfungsglauben verankert, da nur an den Einzelnen der konkrete Anruf Gottes gehe. Dieser christliche Individualismus werde aber begrenzt durch die Berufung zur Gemeinschaft. Neben der Familie erkannte Brunner noch „eine Menge Zwischenglieder“, die notwendig zum Leben gehörten⁵⁸. Der Staat gehöre nur soweit notwendig dazu, als es einen obersten umfassenden Zusammenschluß aller primären Gemeinschaftsformen durch ein Institut mit Zwangsmonopol geben müsse, dem all das zufalle, was der Mensch nicht freiwillig, sondern nur gezwungen tue. Die Funktion des Staates sei nur Koordination, Stützung durch Zwangsgewalt, als das letzte Glied in der Kette der Vergemeinschaftungen, als weitester und damit unpersönlichster aller Lebenskreise. Alle persönlichkeitsnäheren Kreise hätten damit vorstaatliche Rechte. Folgerichtig gelangte Brunner damit zum Subsidiaritätsprinzip⁵⁹. Der gerechte Staat war damit für den Schweizer Theologen das föderalistische Gemeinwesen als die wahre Antithese zum totalen Staat⁶⁰.

Bei anderen Autoren deckten sich ethische Postulate wenigstens teilweise mit dem Subsidiaritätsprinzip und wiesen in dieselbe Richtung⁶¹.

⁵⁷ Brunner, Emil, *Die Gerechtigkeit*, Zürich 1943, S. 159/167. Dazu Pöhl, I. H., *Das Problem der Naturrechtslehre bei Emil Brunner*, Zürich 1963, bes. S. 134/192; Peschke, K., *Naturrecht in der Kontroverse*, Salzburg 1967, S. 34/72.

⁵⁸ FN 57, S. 162.

⁵⁹ „Es bleiben dem Staat nur die Aufgaben übrig, für die die anderen Gemeinschaften zu klein sind, und diejenigen, die sich aus der mangelnden Freiwilligkeit und aus den lebensstörenden, gemeinschaftsfeindlichen, anarchischen Tendenzen, die im Menschen vorhanden sind, ergeben. Mit den Störungsfaktoren, mit dem Bösen, wächst die Bedeutung des Staates ... Das zwingende Recht des Staates ist nur der Ersatz für die fehlende freiwillige Gerechtigkeit.“ (FN 57, S. 164.)

⁶⁰ Brunner steht damit im Zusammenhang mit der Schweizer Theorie des Föderalismus, wie ihn Kägi repräsentiert. Dazu u. §§ 28, 29.

⁶¹ In die Nähe der liberalen Komponente gelangte O. Dibelius (*Grenzen des Staates*, Berlin 1949), in die Nähe der föderalen E. Berggrav (*Der Staat und der Mensch*, Hamburg 1946, S. 186/199). Beide Komponenten finden sich in H. Thielickes „Postulaten des Minimums an Staatlichkeit“ und der „sozialen Gewaltenteilung“ (*Theologische Ethik II/2*, Tübingen 1958, S. 314, Abschn. 1693/1694; vgl. auch S. 279, 315 ff., S. 357 ff.). Zu den jüngeren Stellungnahmen vgl. bes. die 1962 von Suhr herausgegebenen „Evangelischen Stimmen zum BSHG und JWG“ (darin positiv zur Subsidiarität: G. Suhr, S. 89; J. Traub, S. 195/201).

Die Kritik, die in den letzten Jahren von evangelischer Seite am Subsidiaritätsprinzip geübt wird, richtet sich nur sekundär gegen seine Aussage. Primärer Gegenstand der Polemik sind die philosophischen Voraussetzungen der Argumentation, vor allem die scholastische Ontologie und Erkenntnislehre, und das soziologische Gesellschaftsverständnis der katholischen Soziallehre. So besonders in der fundamentalen Polemik Rendtorffs, *Der Staat I* (1962), S. 405/430, und Der evangelische Anteil am Subsidiaritätsprinzip, in: Doehring, J., *Gesellschaftspolitische Realitäten*, Gütersloh 1964, S. 196/206; ablehnend auch Heinke, S., *Gedanken zum Subsidiaritätsprinzip*, in: Doehring, S. 173/190. Erheblich oberflächlicher: Cordes, C., *ZEE* 3 (1959), S. 145 ff., und *EvStL*, Sp. 2264/2266. Wesentlich behutsamer: Janssen, K., *ZEE* 3, 1959, S. 158 ff.

Diese Übereinstimmung ist um so bemerkenswerter, als der evangelischen Sozialethik die theologischen und philosophischen Grundlagen des katholischen Naturrechtsdenkens fremd sind und ihr theologischer Ausgangspunkt, der status corruptus des Menschen in einer gefallenen Welt, es nur ermöglicht, aus der existentiellen Lage heraus „naturrechtliche“ Forderungen zu erkennen⁶².

Von diesem Ausgangspunkt her gelangte auch die evangelische Sozialethik zu einer personalistischen Grundlegung des Rechts und fügte sich damit in den Zusammenhang des neuen Rechtsdenkens ein⁶³.

dd) Ein geschlossenes Naturrechtssystem hat sich nicht durchsetzen können, da die „Kraft zu einer einheitlichen Schau der Rechtswerte“ (Weinkauff)⁶⁴ versagt blieb. Wohl aber fand sich eine Vielzahl von Lehren im Zeichen des Personalismus zusammen. Der Personalismus bezeichnet keine geschlossene wissenschaftliche Konzeption, sondern nur eine Form rechtlicher Legitimation der Gemeinschaft, eine Tendenz der Wertung⁶⁵. Er schuf somit den gemeinsamen Nenner für liberale Menschenrechtslehren und materiale Wertphilosophie, für neuidealistische und neuscholastische Rechtsauffassungen, für essen- und existenzphilosophische Begründungsversuche des Rechts⁶⁶. Sie alle ließen sich aus der Sicht des Personalismus als „Bruchstücke einer großen Konfession“ deuten⁶⁷. Jedoch blieben sie auch nur Bruchstücke einer Konfession. Denn in der Regel ging das Bekenntnis zum Naturrecht seiner Erkenntnis voraus. Die Naturrechtsmaximen der Nachkriegsjahre waren weniger theoretische Einsichten als *Postulate der politischen Vernunft*. Ihre inhaltliche Übereinstimmung bestand im wesentlichen darin, die NS-Herrschaft als „naturrechtswidrig“ zu verwerfen.

Vielleicht liegt in dieser Unsicherheit ein Grund dafür, daß die naturrechtlichen Forderungen sogleich in den Länderverfassungen und im Grundgesetz kodifiziert wurden. Damit hatte auch die Naturrechtsrenaissance ihre Kraft im wesentlichen verbraucht. Das juristische

⁶² Zur Grundlegung eines evangelischen Naturrechts vgl. Wolf, E., Rechtsgedanke und biblische Weisung, Tübingen 1948, S. 9/64; dens., Das Recht des Nächsten, Festvortrag in: Die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 1957, S. 43/56; Weinkauff, H., Das Naturrecht in evangelischer Sicht, in: Maihofer, S. 210/218; Arndt, A. (FN 47), S. 117/140; Dombois, H., Das Problem des Naturrechts (1955), in: Maihofer, S. 444/462; Wölfel, E., Naturrecht, in: EvStL, Sp. 1360/1364. Vgl. auch Peschke (FN 57).

⁶³ Besonders klar gelangt der personalistische Grundgedanke bei Weinkauff (FN 62, S. 213) zum Ausdruck. Zur personalistischen Gleichrichtung der evangelischen und katholischen Rechtsauffassungen vgl. Leisner (FN 48), S. 132.

⁶⁴ FN 48, S. 571.

⁶⁵ Grundsätzlich: Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 146/155.

⁶⁶ Vgl. dazu Würtenberger, JZ 1955, S. 1/5.

⁶⁷ So Weinkauff (FN 48, S. 576) zur naturrechtlichen Rechtsprechung des BGH.

Augenmerk brauchte sich nicht mehr einer überpositiven Ideenwelt zuzuwenden, sondern konnte sich darauf beschränken, dem Verfassungssatz von der „Menschenwürde“ juristische Folgerungen abzugewinnen. Die Tendenz der Naturrechtsbewegung hat die positiven Grundentscheidungen der Verfassungen bestimmt und wirkt in ihnen mit der höchsten normativen Kraft weiter, deren das positive Recht fähig ist.

Die Verfassungsauslegung bemüht sich, den Positivierungen des Naturrechts den überpositiven Rang zu wahren, sie sogar gegen Eingriffe des Verfassungsgebers abzuschirmen und ihnen Ewigkeitsgeltung zuzusprechen⁶⁸ — für eine Ewigkeit allerdings, die nur so lange währen kann, wie die Verfassungsartikel im geschichtlichen Wandel mit dem objektiven Geist übereinstimmen.

b) Die Erneuerung der föderalistischen Idee

aa) Gesellschaftsorganischer Föderalismus — Tradition und Spekulation

a) Die Ideen von Constantin Frantz erwachten nach dem Zusammenbruch des Bismarck-Staates, dessen erbitterter Gegner Frantz gewesen war, zu neuem Leben⁶⁹. Der Föderalismus erschien nunmehr erneut in

⁶⁸ s. u. § 48.

⁶⁹ Beweise für die neuartige Resonanz, die die Ideen von Frantz nach 1945 fanden, sind — neben den Neuausgaben seiner Werke — die literarischen Darstellungen seiner Gedankenwelt bei Stamm, E., Ein berühmter Unberühmter, Konstanz 1948; Saittschick, R., Bismarck und das Schicksal des deutschen Volkes, München 1949, S. 156/198; Ferber, W., Der Föderalismus, Augsburg 1946, S. 14/28; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, 1953, S. 129/130. Wilhelm Röpke leitete sein Werk über die „Deutsche Frage“ (3. Aufl., Erlenbach-Zürich 1948) mit einem Motto von Frantz ein. Vgl. im übrigen zur Neubelebung seines Denkens Merkl, Entstehung, S. 39, 44.

Beispiele für die Erneuerung des universellen Föderalismus, der neben den bundesstaatlichen treten sollte, bieten: Ferber, a.a.O.; Jerusalem, Die Staatsidee des Föderalismus, Tübingen 1949 (vor allem S. 5/9); Gasser, Gemeindefreiheit als Rettung Europas, 2. Aufl., Basel 1947; Ehard, Freiheit und Föderalismus, München o. J., S. 20/21; ders., Die geistigen Grundlagen des Föderalismus, o. O., o. J., S. 13 und passim; von der Heydte, Das Weiß-Blau-Buch zur deutschen Bundesverfassung, Regensburg 1948, S. 131/133 und passim; Kipp, Staatslehre, 2. Aufl., Köln 1949, S. 332/342 (1. Aufl. unter dem Titel: „Mensch, Recht und Staat“, Köln 1947, S. 323/332); Laforet, Föderalismus und Gesellschaftsordnung, Augsburg 1947; Röpke, Die Deutsche Frage, S. 327/336 und passim; ders., Civitas humana, 3. Aufl., Erlenbach-Zürich 1949, S. 67/69, 181/191; ders., Maß und Mitte, Erlenbach-Zürich 1950, S. 68/69, 152/153, 235 und passim; ders., Das Kulturideal des Liberalismus, Frankfurt 1947, S. 17/20.

Ähnlich, wenn auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Föderalismus: Böhme, Staat und Selbstverwaltung, R-St-W., Bd. I (1949), S. 114. Aus dem schweizerischen Schrifttum sind die Beiträge Kägis hervorzuheben, insbesondere „Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus“, in: Festgabe zur

seiner doppelten Gestalt: nicht nur als das bundesstaatliche Prinzip oder als das Ergebnis der staatsorganisatorischen Dezentralisation, sondern auch als das umfassende Band aller menschlichen Lebenskreise.

Im Namen des Föderalismus wurde sowohl die Dezentralisierung der Staatsgewalt als auch die Dezentralisierung der Wirtschaft gefordert. Die föderalistische Idee schuf den Zusammenhang der Gemeindeautonomie und der Freiheit „vorstaatlicher“ Verbände. Sie wies analoge Strukturen zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Gemeinschaften auf und versöhnte so den liberalen Gegensatz von Staat und Gesellschaft. Der Dualismus von öffentlicher und privater Sphäre, von obrigkeitlicher Herrschaft und bürgerlicher Freiheit sollte durch den föderativen Pluralismus, die Stufenordnung von Freiheit und Autorität, abgelöst werden.

In diesem organischen Integrationssystem wurde das Eigentümliche der staatlichen Gewalt, das sie von jeder anderen sozialen Macht abhebt, zurückgedrängt. Damit konnte der „inneren“ (staatsrechtlichen) Souveränität nur noch relative Bedeutung zukommen. In dem gleichen Maße war auch der Wert der „äußeren“ (völkerrechtlichen) Souveränität nach dem Zusammenbruch des deutschen Nationalstaates fragwürdig geworden. Jede nationale Abkapselung erschien nun — in der erzwungenen Isolierung nach der Niederlage — als Verhängnis; die weltweite Öffnung, vor allem die europäische Integration wurden als die politischen Gebote der Stunde erfaßt. Damit war die Grundlage dafür geschaffen, daß die föderalistische Idee auf den überstaatlichen Raum ausgreifen und das Leitbild eines europäischen Bundes bestimmen konnte⁷⁰.

Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 53/73 (bes. S. 58, 66/67). Aus späterer Zeit vgl. vor allem *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1952, S. 62–63, 428–435, und *Ernst von Hippel*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1963, S. 241–242. Dabei nennen *Laforet* (S. 30, 40), *Gasser* (S. 166), *Ferber* (S. 14/18) und *Jerusalem* (S. 5–6) ausdrücklich auf *Frantz* Bezug. — Weitere Nachweise über diese Tendenz der föderalistischen Renaissance: bei *Grewe*, Antinomien des Föderalismus, Beckede a. d. Elbe 1948, S. 5–9; *Koellreutter*, S. 130/133; *Merkel*, S. 37/49.

Kritik an der mehrdeutigen Verwendung des Begriffs „Föderalismus“ übte *Nawiasky*; er wollte diesen für die Bundesstaatlichkeit reserviert wissen, während er den weiteren Anwendungsbereich (vor allem in der Wirtschaftsorganisation) mit der Subsidiarität gleichsetzte; vgl. Zweierlei Föderalismus, SRdSch 42 (1942/43), 219–225; Zum Begriff Föderalismus, SRdSch 45 (1945/46), 797–809, vor allem 803; Notes sur le Concept „Fédéralisme“, Politeia 1 (1948/49), 7; Allgemeine Staatslehre 2 II, S. 205; s. auch Kontroverse mit *Karl Thieme*, SRdSch 49 (1946/47), 223–224. Zur Bedeutung der korporativistischen Idee in der Gegenwart: *Kaiser*, Repräsentation, S. 54–65 (zum Subsidiaritätsprinzip, S. 60 Anm. 16).

⁷⁰ Den Föderalismus proklamierten als internationales Ordnungsprinzip: *Lent*, Deutscher Föderalismus, München 1948, S. 33/37; *Ferber* (FN 69), S. 10 und passim; *Ehard*, Die europäische Lage und der deutsche Föderalismus, München 1948, S. 7 ff.; *Röpke*, Internationale Ordnung — heute, 2. Aufl., Erlenbach-Zürich 1954, S. 69/70; *Laforet* (FN 69), S. 68, 90/94.

ß) Mannigfaltige Richtungen arbeiteten am theoretischen Unterbau der föderalistischen Entwürfe mit. Vertreter der organischen Staatslehre und der neoliberalen Wirtschaftsordnung, Vorkämpfer feudalistischer Restauration und sozialreformatorischer Utopie, katholisch-konservativer und sozialliberaler Zielsetzungen, nationalen und „neu-abendländisch“-universalistischen Gedankengutes, Träger deutschrechtlicher Geschichts-Reminiszenzen und naturrechtlicher Zukunftsträume sammelten sich unter dem Panier des Föderalismus.

Besonders bedeutsam war der Einfluß neuscholastischer Naturrechtsvorstellungen auf die föderale Lehre⁷¹: Die kontingenten Erscheinungen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens erfuhren Rechtfertigung und Zusammenschau von der Warte einer Ziel- und Wesensphilosophie. Das Richtmaß der Teleologie bildete die Entfaltung der Einzelperson. Sie stellte die Sonne innerhalb des föderalistischen Planetensystems dar. Der Gedanke an die Freiheit des Einzelmenschen verlieh der föderalistischen Bewegung ihr eigentümliches Pathos. Da in der neuen organischen Gesellschaftskonzeption die Gemeinschaften nach dem Bilde des Menschen geschaffen wurden, erhielt auch der Staat menschliche Züge — und das Schreckbild des Leviathan verblaßte.

Die personalistische Ausrichtung des ganzen Sozialverbandes ist die eigentliche Leistung der föderalistischen Restauration in ihren verschiedenen Spielarten. Hier zeigt sich eine wesentliche Wirkung der Naturrechtsrenaissance. In Deutschland hatte die liberale Bewegung stets die Notwendigkeit des Verbandswesens anerkannt, ebenso wie die föderale häufig den Zusammenhang von kollektiver und individueller Freiheit gewürdigt hatte⁷². Auch war im deutschen Verfassungsrecht die Span-

Vgl. ferner die Darstellung der Nachkriegsentwicklung bei *Nyman*, *Der westdeutsche Föderalismus*, S. 203/204, und *Merkl* (FN 69), S. 45/49.

Die jüngere Lehre gibt *H. Bülck* wieder (*Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip*, VVDStRL 21, 1964, S. 1/65).

⁷¹ Beispiele für die Verbindung neuscholastischer und föderaler Vorstellungen: *Ferber* (FN 69); *Kipp* (FN 69), S. 105/112, 122/129, 332/342; *Laforet* (FN 69); *Hylander*, F. J., *Universalismus und Föderalismus*, München 1946; *Süsterhenn*, *Das Naturrecht* (1947), S. 23; ders., *Festschrift für Nawiasky* (1956), S. 141/155; *Boehme* (FN 69), S. 114; *Hauser*, R-St-W., Bd. IV (1953), S. 9 ff., bes. S. 14; *Küchenhoff*, G., *Staatsverfassung und Subsidiarität* (1953), S. 67 ff., bes. S. 82/87; *Marcic* (FN 69); *Linckelmann*, DÖV 1959, 564/565; *Wertenbruch*, W., *Grundgesetz und Menschenwürde* (1958), S. 54/59 und passim; ders., *Die rechtliche Einordnung wirtschaftlicher Verbände in den Staat*, Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 614/641; *Dürig*, M—D (1966), Art. 1 I/53, 54; *Westphalen*, F. A., *Die Renaissance der konservativen Idee*, Festschrift für Messner, Innsbruck 1961, S. 83/91.

Parallel dazu verlief die Verschmelzung (neo-)liberaler und föderaler Tendenzen. Vgl. die in FN 69 aufgeführten Werke von *Röpke* und *Kägi*.

⁷² s. die Nachweise aus der föderalen und liberalen Tradition o. §§ 7/13. Zur Schweizer Verfassungsgeschichte s. *Kägi* (FN 69), S. 59/61.

nung zwischen Rechts- und Bundesstaat nicht so tief empfunden worden wie die zwischen Rechtsstaat und Demokratie⁷³. Jetzt aber wurden liberale und föderale Tendenzen zu einem „personalistischen Föderalismus“ (Kägi)⁷⁴ verschmolzen. Die persönliche, die politische und die föderale Freiheit konnten nunmehr nicht als verschiedene Größen, sondern nur noch als Aspekte der einen, unteilbaren Freiheit verstanden werden. Von diesem Ansatz her wurde die Harmonisierung der rechts-, volks- und bundesstaatlichen Verfassungsprinzipien ermöglicht⁷⁵. Die personalistische Teleologie bot die Grundlage, um in der Auslegung des positiven Verfassungsrechts Menschenrechte und Organisationsprinzipien, Individualfreiheiten und staatliche Zuständigkeitsbestimmungen von einem gemeinsamen Leitgedanken her zu deuten. Was sonst als Sammlung heterogener Regeln erschienen war, konnte jetzt als Ausdruck eines gemeinsamen Rechtswertes gewürdigt werden⁷⁶.

;) In den neuen föderalen Vorstellungen erstand, von sozialromantischem Anhauch belebt, ein nahezu modellreines Anwendungsfeld für das Subsidiaritätsprinzip. Daß der Grundsatz auch als Ordnungsgedanke anerkannt wurde, war eine notwendige Folge der personalistischen Grundentscheidung. Da die verschiedenen staatlichen und privaten Gemeinschaften nach dem Grade ihrer „Personnähe“ als Medien personaler Freiheitsentfaltung erfaßt wurden, mußte das Subsidiaritätsprinzip zu Recht als „grundlegendes föderalistisches Baugesetz“ (Kägi)⁷⁷ gelten.

⁷³ Das gilt vor allem von *Carl Schmitts* Verfassungslehre; zur Antinomie von Rechtsstaat und Demokratie vgl. S. 123/359, zur Annäherung von Bundes- und Rechtsstaat vgl. S. 389.

⁷⁴ Kägi (FN 69), S. 66 (mit Nachw. FN 21).

⁷⁵ Am eindrucksvollsten wurde diese Synthese vom Schweizer Schrifttum vorgezeichnet. Hier sind wieder Werke *Kägis* als exemplarisch zu nennen: Vom Sinn des Föderalismus (1944), S. 47, 55/57; Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945), S. 48, 152 ff. und passim; Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus (FN 69), 1948, S. 52/73; Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Festschrift für *Huber*, S. 169/173; Selbstbestimmung und Mitverantwortung, Schweizer Monatshefte, 39 (1959/60), 688/690.

Ferner *Stadler*, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus (1951), 160/166 mit Nachw. (FN 1/36; s. auch die Bibliographie S. XII/XIX). Vgl. auch *Nawiasky*, SRDSch 45 (1945/46), 804/805

Beispiele aus dem deutschen Schrifttum: *Lent* (FN 70), S. 24/29; *Loewenstein*, AöR 77 (1951/52), S. 412; *Feuchte*, P., Föderalismus und Recht, Festgabe für *Kiesinger*, Stuttgart 1964, S. 290/293; weit. Nachw. bei *Nyman* (FN 70), S. 202 Anm. 3.

⁷⁶ Ein Musterbeispiel für den Überstieg von einem scholastisch aufbereiteten Sozialmodell in die verfassungsrechtliche Realität bildet die Arbeit *Süsterhenns*, Festschrift für *Nawiasky*.

⁷⁷ Kägi, Vom Sinn des Föderalismus, S. 50; vgl. auch dens., Schweizer Monatshefte 39 (1959/60), 687. — Als Resultat der Verbindung von Föderalismus und Liberalismus erschien — mutatis mutandis — das Subsidiaritätsprinzip ferner bei: *Boehme* (FN 69), S. 114; *Ehard*, Die geistigen Grundlagen, S. 4, 6; *Eschenburg*, Th., Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956, S. 241/

δ) Dieser Bezug ging auch dort nicht verloren, wo sich die föderalistische Bewegung nicht auf die Neuordnung der geschichtlich gewordenen Gemeinschaften beschränkte, sondern im Wege der Spekulation eine neue Staatsverfassung entwarf. Einen solchen Vorschlag bot Ernst von Hippel, der unter Berufung auf die „moralische und objektive Weltordnung“ die Ablösung der liberal-rechtsstaatlichen Ordnung durch ein *Korporationssystem* forderte⁷⁸. Die Beziehungen der ständischen Selbstverwaltungskörperschaften, aus denen sich das ideale Gemeinwesen zusammensetzen sollte, richteten sich nach der „föderalistischen Formel“, die im wesentlichen das Subsidiaritätsprinzip umschrieb: Jeder Verband dürfe nur Aufgaben übernehmen, denen er gewachsen sei und die seinem Sinn entsprächen; der größere Verband dürfe nicht Aufgaben an sich ziehen, die dem kleineren sinnvoll zugehörten⁷⁹. Obwohl sich der Plan von Hippels weder im politischen noch im literarischen Raum durchsetzen konnte⁸⁰, repräsentiert er aufschlußreich einige Tendenzen der westdeutschen Gründerjahre. In dem korporativistischen Ordnungsmodell rückten die subjektiven Freiheitsrechte in den Hintergrund, während sich die Aufmerksamkeit den transpersonalen Freiheitsräumen der Kultur, der Wirtschaft und der Politik zuwandte. Die Institutionalisierung der Freiheit sollte sich über die Medien der Selbstverwaltungskörperschaften vollziehen, in denen das Tun des Einzelnen einem Kodex von Rechten und Pflichten unterworfen und auf den Zusammenhang des Gemeinwesens ausgerichtet werden sollte. Die Freiheit im Staat wurde deshalb aus der Sicht eines sozialen Entelechiedenkens interpretiert. So wie die individuelle Willkür sollte auch die politische in der Ausrichtung auf ein objektives Gesetz aufgehoben werden. Dem Zugriff des „Politikers“ wurden im Modell Ernst von Hippels wesentliche Räume des Gemeinschaftslebens (Kultur und Wirtschaft) entzogen.

242; Ferber (FN 69), S. 6; Gasser (FN 69), S. 189/196; Grewe (FN 69), S. 28/29, mit Bezug auf den Bundesstaat (vgl. aber auch S. 7/9 die Darstellungen des Subsidiaritätsprinzips bei Emil Brunner und Pius XI.); Hauser (FN 71), S. 12/14; von der Heydte (FN 69), S. 39, 131 (ähnlich später in Föderalistische Ordnung, S. 130); Hylander (FN 71), S. 70/71; Kipp (FN 69), S. 122/129, 338/339; Laforet (FN 69), S. 28/31; Röpke, *Civitas Humana*, S. 179/180; dems., *Internationale Ordnung — heute*, S. 69/70 und passim; Wertenbruch, *Grundgesetz*, S. 58, 59, 202, 218; Dürig, M—D, Art. 1 I/54; Zorn, R., *Festschrift für Nawiasky*, München 1956, S. 420.

⁷⁸ Vgl. Ernst von Hippel, *Gewaltenteilung im modernen Staate* (1. Aufl. Koblenz 1948 — zitiert nach 2. Aufl. 1950); ähnlich ders., *VVDStRL 10* (1952), S. 1, und *Allgemeine Staatslehre* (1964), S. 245/250. Ausdrücklich bezieht sich von Hippel auf Rudolf Steiner (vgl. *Staatslehre*, S. 245); erkennbar ist aber auch der Bezug zu Othmar Spann's Ständelehre. — Die kritische Gegenposition zum Neo-Korporativismus (zumal katholischer Provenienz) vertrat im Schweizer Schrifttum Karl Thieme (*Korporativismus als entarteter Föderalismus*, *SRdSch 44*, 1944/45, S. 172/181).

⁷⁹ *VVDStRL 10* (1952), S. 30; ähnlich ders., *Gewaltenteilung*, S. 49; *Staatslehre* S. 241. — Hier liegt ein weiterer Beleg vor für den wesensgemäßen, wenn auch nicht wesensnotwendigen Zusammenhang zwischen Subsidiaritätsprinzip und Korporativismus. Ein anderes Beispiel liefert Maunz, Th., *Salazar und die portugiesische Verfassung*, in: *Salazar et son oeuvre*, Lissabon 1956, S. 9 (16/17).

⁸⁰ Diese Tendenzen scheiterten endgültig, als es im Parlamentarischen Rat nicht gelang, eine materiale Sozialverfassung zu schaffen (s. u. II zur Entstehungsgeschichte). Der Abg. Seebohm (DP) — 10. Sitzung vom 8. 8. 1949 (Sten. Ber. S. 219) — beklagte das Fehlen einer sozialen Ordnung in der Art von Hippels: „Die von uns gewünschte Dreiteilung der Gewalten auch in den drei verschiedenen Bereichen des Staatslebens, der Kultur und der Wirtschaft ist damit leider nicht verwirklicht.“

Das Ideal selbstgenügsamer, selbstwirkender Organismen in einem Sozialkörper wurde von der Abneigung gegen den politischen Dezisionismus in all seinen Spielarten getragen und gegen die Allgegenwart des modernen Staates, sei er nun demokratisch oder diktatorial verfaßt. Ein solches intellektualistisches Ordnungsdenken, das sich auf einen moralisch motivierten Anarchismus zubewegt, apostrophiert Herbert Krüger als „schwärmerischen Föderalismus“: „In jedem Föderalismus scheint ja mehr oder weniger ein Sentiment mitzuschwingen, die alte Sehnsucht nach der Wiederherstellung des verlorenen paradiesischen Zustandes der Herrschaftsgleichheit, in dem nicht Überordnung und Unterordnung, nicht Befehl und Gehorsam, sondern klare Einsicht und guter Wille das Zusammenwirken Aller bewerkstelligen⁸¹.“

bb) Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung

Leitgedanke in Ernst von Hippels Verfassungsideal war eine soziale Gewaltenteilung: Die Freiheit des Einzelnen sollte durch die Vielzahl der Selbstverwaltungsorganisationen geschützt werden. Dieses Motiv war bereits in der älteren Literatur nachzulesen⁸². Schon unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung hatte Carl Schmitt die Gewaltenteilung als neue *ratio essentialis* des Bundesstaates gewürdigt⁸³. Doch wirkliche Durchschlagskraft erhielt diese These erst nach dem zweiten Weltkrieg.

Entscheidend trug die Grundstimmung der Nachkriegsjahre dazu bei; das Mißtrauen gegen jede Form der Staatsmacht, nachdem man ihre letzte Übersteigerung erfahren hatte und das Bedürfnis, allen Regungen totalitärer Staatlichkeit durch ein wirksames Schrankensystem vorzubeugen⁸⁴. Das traditionelle rechtsstaatliche System allein genügte diesen Anforderungen nicht, insbesondere nicht Montesquiues Dreiteilung der Staatsfunktionen auf der horizontalen Ebene, eine Ordnung, die als allzu wirk schwach, wenn nicht gar als überholt erkannt wurde⁸⁵. Jetzt wurde

⁸¹ Diskussionsbeitrag, VVDStRL 21 (1964), 105.

⁸² Vgl. Nachweise o. §§ 7, 8, 11, 12 (bes. zu *Hegel* und *Frantz*).

⁸³ Vgl. *Carl Schmitt*, Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930), S. 53; vgl. auch *Verfassungslehre* (1928), S. 389. Nach *Forsthoff* (Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 34) wird der deutsche Bundesstaatstyp erst möglich durch seine enge Verbundenheit mit der Gewaltenteilung.

⁸⁴ Zu dieser Grundstimmung s. o. § 24. Bei der Beurteilung verfassungsrechtlicher Institutionen war oft das Kriterium ausschlaggebend, ob diese Hitlers Machtergreifung hätten verhindern können. Daß dem (gewaltenteiligen) Föderalismus — wäre er 1933 lebenskräftig gewesen — diese Fähigkeit oft zugesprochen wurde (vgl. *Lent*, Deutscher Föderalismus, S. 26, und *Nyman*, Der westdeutsche Föderalismus, S. 198), ist ein weiteres Argument für den Gewaltenteilungscharakter des Bundesstaates.

⁸⁵ s. Nachweise o. § 19, besonders die Arbeiten von *Hippels*, *Peters* und *Werner Webers*.

als unerläßliche Ergänzung⁸⁶, wenn nicht gar als Ersatz⁸⁷ der „klassischen“ Gewaltenteilung ihre „moderne“ Form, die vertikale, aufgewiesen und damit der Weg zu einer umfassenden Gewaltenteilung erschlossen. Der Föderalismus wurde somit zur Antithese gegenüber dem Totalitarismus akzentuiert⁸⁸.

Der Einzelne konnte in einem vielräumigen, vielgeteilten Gemeinwesen mehr Entfaltungsmöglichkeiten und mehr Schutzmauern finden, als wenn er in einem ungegliederten Staatsverband seine Freiheit zu wahren hätte, als wenn er unmittelbar dem einzigen Leviathan gegenübergestellt wäre — sogar dann, wenn dem einheitlichen Körper des Kolosses drei voneinander geschiedene Häupter entwüchsen.

Der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung griff über das Bundes-Länder-Verhältnis hinaus auf die unterstaatlichen Gebietskörperschaften, auf alle mit Unabhängigkeit ausgestatteten Verwaltungseinrichtungen⁸⁹ und schließlich auch auf die freien Verbände über⁹⁰. Besonders diesen mußte die Legitimation willkommen sein. Was sich, vordergründig betrachtet, als Verfolgung partikularer Verbandsinteressen, als Gefährdung des Gemeinwohls darstellte, konnte nun als Dienst am Aufbau einer freiheitlichen Ordnung gedeutet werden — dank einer „List der Vernunft“, deren sich ein liberal gesonnener Weltgeist bediente.

Nicht minder als das Subsidiaritätsprinzip bot das Argument der vertikalen Gewaltenteilung einen Vergleichspunkt für staatliche und gesell-

⁸⁶ Als Ergänzung erscheint die Gewaltenteilung bei Geiger, BayVBl. 1964, 111; Hahn, JöR n. F. 14 (1965), 21/22; Kägi, Festschrift für Huber; v. Lex, Festschrift für Nawiasky, S. 240; Peters, Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 23/26 passim; Peter Schneider, AöR 82 (1957), 21/27; Werner Weber, Spannungen und Kräfte, S. 26/28, 42/49 und passim; dems., HDSW 4, 500/501; Zeidler, AöR 86 (1961), 387/388; ferner Süsterhenn, Rede in der 2. Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 8. 9. 1948 (Sten. Ber., S. 21). Zur vertikalen Gewaltenteilung als Legitimation des Bundesstaates s. o. die Bibliographie § 19, FN 32. Vor allem sind die Arbeiten Kägis (Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, Festschrift für Huber, S. 169) und Hesses (Der unitarische Bundesstaat, S. 27/31) hervorzuheben. Das BVerfG hat sich die Lehre von der bundesstaatlichen Gewaltenteilung in einem obiter dictum des Fernsurteils zu eigen gemacht: „Diese Grundentscheidung der Verfassung, die nicht zuletzt eine Entscheidung zugunsten des föderalistischen Staatsaufbaus im Interesse einer wirksamen Teilung der Gewalten ist, . . .“ (BVerfGE 12, 205, 229).

⁸⁷ Als Ersatz erscheint die vertikale Gewaltenteilung bei Ernst von Hippel, Gewaltenteilung im modernen Staate, S. 35 und passim.

⁸⁸ Zu besonderem Ansehen verhalf diesem Argument das Schweizer Schrifttum: Vgl. Kägi, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 58/59, 66; dems., Die Schweiz, 15 (1944), 55/57; dems., Schweizer Monatshefte, 39 (1959/60), 687. Weitere Nachweise bei Stadler, Subsidiaritätsprinzip, S. 160/166, S. XII/XIX.

⁸⁹ Vgl. Bibliographie o. § 19, FN 31, vor allem Peters, Gewaltentrennung, S. 26/31.

⁹⁰ Vgl. Bibliographie o. § 19, FN 30, besonders die Beiträge von Werner Weber.

schaftliche Größen. Das Subsidiaritätsprinzip und die vertikale Gewaltenteilung trugen zu einer Homogenisierung von Staat und Gesellschaft bei — sie boten die griffigen Formeln für das Konzept, das dem gesellschaftsorganischen Neo-Föderalismus vorschwebte, jedoch waren sie unabhängig von dessen sozialphilosophischen Prämissen. Überhaupt stellten die Argumente der Subsidiarität und der vertikalen Gewaltenteilung die wesentlichen Ergebnisse der Synthese des Föderalismus mit dem Liberalismus dar.

Die Argumente blieben auch wirkmächtig, obwohl auf den sozialromantischen Frühling des Föderalismus kein staatsrechtlicher Sommer folgen sollte. Die staatstheoretischen Erörterungen über Subsidiarität und dezentralistische Gewaltenteilung mündeten unmittelbar in die Diskussionen des Herrenchiemseer Verfassungskonventes und des Parlamentarischen Rates ein⁹¹, in denen die neue Bundesverfassung Gestalt annehmen sollte.

c) Der wirtschaftspolitische Neoliberalismus

Unter den außerjuristischen Faktoren, die die rechtliche Anerkennung des Subsidiaritätsgedankens beeinflußt haben, kommt einer liberalistischen Allgemeinen Staatslehre in der Tradition Georg Jellineks keine nennenswerte Bedeutung zu⁹². Entscheidende Impulse gingen dagegen von der Wirtschaftstheorie des Neoliberalismus aus. Es kennzeichnet den im Grunde unpolitischen Charakter des westdeutschen Gemeinwesens, daß das Vorverständnis der normativen Beziehungen weniger von den Einsichten einer *Staatslehre* als von denen einer *Wirtschaftstheorie* geprägt, daß es weniger vom Wesen des Staates als vom Wesen der Gesellschaft her konzipiert worden ist — und hier der Ansatz gerade bei der Wirtschaft liegt als dem Felde, auf dem die neue Republik ihren eigentlichen Aufstieg und ihre eigentliche Bewährung erleben sollte.

Die neoliberale Freiburger Schule (Eucken, Böhm, Müller-Armack, Röpke u. a.) bestimmte das Verhältnis von Staat und Wirtschaft neu im

⁹¹ Zum Subsidiaritätsprinzip s. die Darstellung zur Entstehungsgeschichte u. § 31. Zur vertikalen Gewaltentrennung vgl. Rede des Abg. *Süsterhenn* (FN 86).

⁹² Immerhin müssen aber die Anregungen *Nawiaskys* genannt werden, der im Subsidiaritätsprinzip der katholischen Soziallehre auch einen liberalen und konservativen Grundsatz sieht und als Richtmaß für den staatlichen und organisatorischen Bereich anerkennt: Vgl. insbes. *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., Einsiedeln 1948, S. 98; *Staatslehre* (Teil 1, S. 35, Teil 2/I, S. 192/198, Teil 4, S. 15, 42, 160/161); *Staatstypen* (S. 28, 120, 126, 168, 191) und *Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaus*, Zürich 1935 (S. 18, 104, 117/119). Ähnlich für den Bereich der wirtschaftlichen Organisation *Hug*, W., *Die rechtliche Neuordnung der Wirtschaft*, in: Ernst-Hug-Haas, *Neuordnung der Wirtschaft*, Zürich 1934, S. 51. Grundsätzlich auch aus politologischer Sicht *Eschenburg*, Th., *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, Stuttgart 1959, S. 241/242.

wirtschaftspolitischen Modell der sozialen Marktwirtschaft⁹³. Dieses Modell läßt sich geradezu als eine konkrete Anwendungsform des Subsidiaritätsgedankens in seiner liberalen Spielart deuten — und zwar als ein Regulativ der Beziehungen zwischen der Wirtschaftsgesellschaft und dem interventionistischen Staat.

aa) Im neoliberalen Modell wird das ökonomische Geschehen von der Spontaneität der Gesellschaft getragen. Im freien Wettbewerb der Individuen soll sich die schöpferische Dynamik entwickeln, die den Wirtschaftsprozess in Gang hält. Den Individuen kommt der Primat der Initiative vor jedem staatlichen Handeln zu. Der Staat hat daher das Eigendasein der Gesellschaft zu achten.

Von diesem dezentralistischen Ansatz her muß jede Form von Zentralverwaltungswirtschaft verworfen werden, in der die Initiative von den konkurrierenden Marktteilnehmern auf zentrale Planungsinstanzen übergeleitet und die individuelle Spontaneität der Gemeinschaftsordnung geopfert wird.

Jedoch soll die Freiheit auch nicht gegen die Ordnung ausgespielt werden. Die Konzeption des Neoliberalismus will sich gerade von den altliberalen Leitbildern des „Laissez faire“ abheben. Sie fordert nicht die „reine“ Wettbewerbswirtschaft, sondern die „soziale“ Marktwirtschaft. Sie gründet nicht in der gesellschaftlichen Autarkie, sondern in der umgreifenden sozialen Verantwortung von Gesellschaft und Staat. Sie bejaht zwar den Vorrang der individuellen Freiheit, aber sie bettet diese in den sozialen Ordo ein. Das neoliberale Denken wird wohl beherrscht vom Glauben an die fruchtbare Kraft des Wettbewerbs, jedoch wird es auch bestimmt von der Einsicht in seine Grenzen. In der wirtschaftlichen Freiheit liegt ein Moment der Labilität, die Gefahr, daß sich die Freiheit zum Wettbewerb in eine Freiheit vom Wettbewerb auflöst und die offene Konkurrenz in ein System von Kartellen und Monopolen abgeleitet. Die Wettbewerbsfreiheit kann nur in einer Wettbewerbsordnung aufrechterhalten werden. Ihr Garant ist der Staat. Er hat die Spielregeln der Konkurrenz zu gewährleisten, die Störungen des Marktgeschehens zu beheben und wirtschaftliche Machtballungen aufzulösen oder zu kontrollieren, um der individuellen Freiheit noch einen Spielraum zu ermög-

⁹³ Als repräsentative Werke des Neoliberalismus seien beispielhaft aufgeführt: Eucken, W., Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin 1950; ders., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen 1960; ders., Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, Ordo II (1949), S. 1/99; ders., Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft, Ordo III (1950), S. 3/17; Böhm, F., Wirtschaftsordnung; ders., Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, Ordo X (1958), 167/203; Röpke, W. (vgl. Nachw. o. FN 69); Hayek, F. A., Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952; Müller-Armack, A., Soziale Marktwirtschaft, HDSW, Bd. 9 (1956), 390/392 mit Nachw.; Rüstow, A., Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, Ordo II (1949), 100/169.

lichen. Das volle Maß der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit kann nur dort verwirklicht werden, wo eine Vielzahl der Wirtschaftssubjekte miteinander konkurriert, denn allein im Rahmen der Konkurrenz bleiben das wirtschaftliche Leben und das soziale Gefüge beweglich und erstarren nicht zur Herrschaft der Wenigen; nur hier ist die Gleichheit der Chancen gesichert. Dieses *ordo-liberale* Wettbewerbs-Credo beruht nicht mehr auf dem Grundsatz schematisch formaler Gleichheit aller Gesellschaftsglieder. Sie hat folglich den Boden des paläoliberalen „*Laissez-faire*“-Prinzips verlassen.

Damit hat sich der Weg zu einer staatlichen Sozialpolitik geöffnet: Weil das Vertrauen geschwunden ist, daß die freie Wettbewerbswirtschaft die sozialen Probleme stets aus sich selbst heraus sachgerecht löse, ist dem Staat die Aufgabe zugewachsen, dort für den notwendigen Ausgleich unter den Gliedern der Gesellschaft zu sorgen, wo der Marktmechanismus ihn nicht herzustellen vermag, dort ergänzend zu intervenieren, wo den Anforderungen des Gemeinwohls nicht genügt wird.

bb) Hier zeigt sich die neoliberale Konkretisierung der Subsidiaritäts-idee: Die Verantwortung dafür, daß die Wettbewerbsregeln eingehalten und die sozialen Spannungen ausgeglichen werden, trifft zwar den Staat und die Gesellschaft gemeinsam, doch fällt sie ihnen nicht in gleicher Weise zu; in erster Linie ist sie von der Gesellschaft zu bewältigen. Der Staat hat also die konkurrierende Zuständigkeit im ökonomischen und im sozialen Bereich; jedoch ist er auf eine Ergänzungsfunktion beschränkt. Dem intervenierenden Staat steht der Markt als selbstverwaltungsähnliches Eigengebilde gegenüber, dessen Entfaltungsmöglichkeiten zu schonen und dessen spezifische Strukturen zu berücksichtigen sind, wenn ein Eingriff erfolgen soll (Marktkonformität der Intervention). Der Staat bildet eine Art von Aufsichtsinstanz; ihn kennzeichnet, daß er nicht spontan die Ziele steckt und die Leistungen hervorbringt, sondern daß er nur die vorgegebenen Ordnungsvorstellungen durchsetzt, soweit diese von der Gesellschaft nicht selbständig verwirklicht werden⁹⁴. Die Beschränkung des Staates auf eine bloß subsidiäre Funktion soll also den dezentralistischen Aufbau der Wirtschaftsverfassung sichern und die Expansion des Wohlfahrtsstaates zügeln.

Das Subsidiaritätsprinzip findet dagegen keinen Ansatzpunkt im Verhältnis der konkurrierenden Wirtschaftssubjekte zueinander innerhalb des Marktgeschehens. Zwischen ihnen herrscht jene Chancengleichheit, die es von vornherein ausschließt, einem Konkurrenten das Recht des

⁹⁴ Diese Analogie soll aber nicht vortäuschen, als habe die soziale Marktwirtschaft etwas mit den korporativistischen Systemen wirtschaftlicher Selbstverwaltung zu tun; beide Systeme sind unvereinbar — vgl. *Röpke*, *Civitas humana*, S. 613/623.

ersten Zugriffs einzuräumen. Das Subsidiaritätsprinzip schützt seinem Wesen nach nur die Entfaltungsfreiheit einer unteren sozialen Einheit als ganzer: im Verhältnis zum höheren, vertikal übergeordneten Verband (vertikale Konkurrenz). Ihre Binnenstruktur, die Zuordnung der Glieder auf der horizontalen Ebene läßt es offen (horizontale Konkurrenz)⁹⁵.

In dem Maße, in dem sich die neoliberale Wirtschaftslehre von der paläoliberalen entfernt hat, ist sie in die Nähe der neuscholastischen Subsidiaritätsdoktrin gerückt. Der Polarität von Wettbewerbsfreiheit und sozialer Gebundenheit, die den Neo-Liberalismus beherrscht, entspricht in gewisser Weise die Spannung zwischen Subsidiarität und Solidarität. In beiden Sozialentwürfen wird die Antinomie nicht einseitig aufgelöst, sondern ein harmonisierender Ausgleich angestrebt — und zwar ein Ausgleich, der auf dem Vorrang der Freiheit beruht⁹⁶.

Indessen erstreckt sich diese Übereinstimmung nicht auch auf die sozialphilosophische Begründung und Ableitung des Subsidiaritätsprinzips, und zwar schon deshalb nicht, weil es der Schule Euckens in erster

⁹⁵ M. Hättich (Wirtschaftsordnung und kath. Soziallehre, Stuttgart 1957, S. 77) sieht dagegen das Subsidiaritätsprinzip nur im „offenen Markt mit vollständiger Konkurrenz“ rein realisiert. Er weitet den Grundsatz damit auch auf die horizontale Konkurrenz aus und bringt Subsidiaritätsprinzip und soziale Marktwirtschaft völlig zur Deckung. Differenzierender aber Jöhr, W. A., Subsidiaritätsprinzip und Marktwirtschaft, Festschr. f. Messner, Innsbruck 1961, S. 613/623.

⁹⁶ Führende Vertreter des Neoliberalismus sehen deshalb eine grundsätzliche Harmonie oder doch Harmonisierbarkeit zwischen ihrer Wirtschaftsauffassung und der katholischen Soziallehre, vor allem in der Form, die sie in „Quadragesimo anno“ gefunden hat: Vgl. Röpke, Maß, S. 16/17; ders., Civitas, S. 18, 90, 179; ders., Kulturideal, S. 13; ders., Festschrift für Degenfeld-Schomburg, S. 22/23; ders., Quadragesimo anno und die Forderung des Tages, in: Wort und Wahrheit 2 (1947), S. 321; Briefs, G., Katholische Soziallehre, Laissez-faire-Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft, in: Was wichtiger ist als Wirtschaft, Ludwigsburg 1960, S. 43; Villey, D., Ordo VII (1955), S. 23. Weitere Nachw.: Lechner, H. H., Schmollers Jahrbuch 81 (1961), 670/673; Hättich (FN 95).

Das neuscholastische Subsidiaritätsprinzip wird ausdrücklich bejaht von: Eucken, Grundsätze, S. 348; Röpke, Civitas, S. 179. Nach Hensel (Ordo II, 1949, S. 235/239, 262/267) ist allein die Marktwirtschaft mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar. Ebenso: Hättich (FN 95), S. 74/81, 186/187 und Bless, Ordo XI (1959), S. 373.

Ablehnung findet dagegen das Prinzip der berufsständischen Ordnung. In ihr wird bereits ein wesensmäßiger Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip gesehen: vgl. Eucken, S. 348; Hensel, S. 258/267; Bless, S. 272/273. Hättich (S. 96/162) lehnt es zwar ab, daß die katholische Soziallehre hier einen inneren Widerspruch aufweise, hält aber auch das berufsständische System für unvereinbar mit der sozialen Marktwirtschaft.

Zur neuscholastischen Kritik am Neoliberalismus: vgl. Becker, H. P., Die soziale Frage im Neoliberalismus, Heidelberg 1965, bes. S. 250/253; Nawroth, E. E., Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus, Heidelberg 1961; ders., Zur Sinnerfüllung der Marktwirtschaft, Köln 1965; v. Nell-Breuning, Ordo III (1950), S. 21/237 (= Wirtschaft I, S. 272); Rauscher, Ordo XII (1960/61), 433. Übersicht über die Kontroversen: Hättich (FN 95) und Lechner, a.a.O.

Linie um eine theoretische Wirtschaftslehre geht und sie zu einer ethischen Gesellschaftslehre nur Ansätze entwickelt hat⁹⁷. Wohl aber liegt in der wirtschaftlichen Freiheit, wie sie aus dem Boden der Wettbewerbsideologie verstanden wird, ein teleologisches Moment, ähnlich wie es auch dem scholastischen Freiheitsbegriff innewohnt. Denn Wettbewerbsfreiheit bedeutet nicht individuelle Willkür in der Wahl und Bewältigung von ökonomischen Aufgaben. Das ergibt sich nicht nur daraus, daß sie in einen sozialen Ordnungszusammenhang eingefügt, sondern auch daraus, daß sie unverzichtbar ist, nicht das Recht zur Selbstaufgabe enthält; gerade das vom Neoliberalismus geforderte Kartellverbot setzt voraus, daß die Möglichkeit zum Wettbewerb auch die Pflicht zum Wettbewerb schaffe, daß in der freiheitlichen Wettbewerbsordnung ein Zwang zur Freiheit ausgeübt werden müsse.

cc) Die ordolibérale Staatsauffassung war zunächst nur auf dem Boden der Wirtschaftspolitik entworfen worden. Sie mußte jedoch auch für eine rechtliche Betrachtung Bedeutung gewinnen, seit sich der wirtschaftliche Aufstieg Westdeutschlands im Zeichen der sozialen Marktwirtschaft vollzogen hatte und die reale Wirtschaftsverfassung weithin nach diesem Bilde geformt worden war. Ein vergleichbarer Einfluß blieb den neo-sozialistischen Bewegungen versagt⁹⁸. Der Einfluß des Neoliberalismus

⁹⁷ Zu den Ansätzen s. Rüstows Lehre von der „Vitalpolitik“ (FN 93) und Röpkes Zusammenschau von Wirtschaftsfreiheit und liberalem Ordo schlechthin (Nachw. § 28, FN 69).

⁹⁸ Der Erfolg des Neoliberalismus in der politischen und ökonomischen Wirklichkeit mag zu diesem Ergebnis stärker beigetragen haben als der Umstand, daß der *Neosozialismus* der Freiburger Schule keine gleichgewichtige, geschlossene Theorie entgegensetzen wußte. Während im Jahre 1945 *Gustav Radbruch* (Neue Parteien — Neuer Geist, abgedr. in: Rechtsphilosophie, S. 344) noch gemeint hatte, der deutsche Wiederaufbau könne nur „auf dem Grunde einer organisierten Wirtschaft, nur im Wege eines Sozialismus irgendwelcher Art“ gelingen, hatten die sozialistischen Tendenzen im Jahre 1949 im wesentlichen nur noch die Kraft, die liberalen Vorstellungen von einer Sozialverfassung zu neutralisieren und damit den weitgehenden Verzicht des Grundgesetzes auf eine Sozialverfassung überhaupt zu erzwingen, obwohl in Einzelregelungen, wie dem Sozialisierungsartikel und der Sozialstaatsklausel sich sozialistisches Gedankengut niederschlug (s. u. § 31).

Daß das Grundgesetz in einem „die gesamte Gesellschaftsordnung und ihre wirtschaftlichen Grundlagen bewußt umgestaltenden sozialen Wohlfahrtsstaat“ die einzige Möglichkeit inhaltlicher Erfüllung der sozialen, rechtsstaatlichen Demokratie sehe — diese These vertritt noch nicht einmal ein so exponierter Verfassungsinterpret wie *Abendroth*, der immerhin aus der Sozialstaatsklausel in relativ starkem Umfange sozialistische Forderungen ableitet, von ihr aus eine Dynamisierung der rechtsstaatlichen Institutionen, vor allem der Grundrechte, anstrebt, und in ihr die Aufgabe des demokratischen Staates zu erkennen glaubt, seine gestaltende Tätigkeit auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ständig auszudehnen. Denn auch für *Abendroth* wird die Entscheidung „für den demokratisch planenden Wohlfahrtsstaat“ vom Grundgesetz nur offengehalten, jedoch nicht erzwungen; nicht die Verfassung, sondern der demokratische Gesetzgeber hat diese Lösung durchzuführen (vgl.

auf das Verfassungsrecht gipfelte in dem Versuch Nipperdeys⁹⁹, das Modell der sozialen Marktwirtschaft als Bestandteil des Grundgesetzes aufzuweisen, aber er erschöpfte sich nicht darin. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erklärung Ehmkes¹⁰⁰ zutrifft, daß die juristische Rezeption des wirtschaftlichen Systems dieses Erfolgsrezept habe verewigen sollen, damit angesichts der ungewissen politischen Lage wenigstens das wirtschaftlich Erreichte gesichert sei. Jedenfalls bewies der Erfolg der sozialen Marktwirtschaft, daß unternehmerische Freiheit und soziale Anforderungen nicht unvereinbare Größen sein müssen, daß gerade die Produktivität einer freien Wirtschaft die Leistungen des Wohlfahrtsstaates ermöglichen kann, daß der Sozialstaat nicht schlechthin die gesellschaftliche Tätigkeit aufsaugen muß, vielmehr die private Initiative ihren Vorrang zu behaupten vermag und so der Dualismus von Staat und Gesellschaft auch im Zeitalter der Daseinsvorsorge nur gewandelt, nicht aber aufgehoben ist. Diese Phänomene der Verfassungswirklichkeit mußten auf die Deutung der Verfassungsnorm zurückwirken. Sie trugen dazu bei, daß in den Versuchen, die Spannung aufzulösen, die zwischen den grundgesetzlichen Prinzipien der Individualfreiheiten und der Sozialstaatsklausel besteht, überwiegend die freiheitlichen Momente betont wurden und daß die *coincidentia oppositorum* sich häufig in der Richtung vollzog, die der Neoliberalismus aufgezeigt hatte: in der Richtung auf den Primat der Entfaltung des Individuums, auf die Vorrang-Kompetenz der Gesellschaft und auf die *Subsidiarität der Staatsgewalt*.

In der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Literatur wird deshalb der Subsidiaritätsgedanke häufig im neoliberalen Sinne aufgefaßt und for-

VVDStRL 12, 1954, S. 85/92, bes. S. 91/92, und Festschrift für Bergstraesser, S. 279/300).

Im übrigen enthält der Neosozialismus — im Gegensatz zum orthodoxen, kollektivistischen Marxismus — Momente, die eine Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht von vornherein ausschließen. So sieht die am stärksten sozialistisch ausgerichtete Verfassung Westdeutschlands, die hessische vom 1. Dez. 1946, zwar in weitem Umfange Sozialisierungen und ein staatliches Lenkungssystem vor (Art. 27/47), aber sie gründet doch die Sozial- und Wirtschaftsordnung auf der „Würde und der Persönlichkeit des Menschen“ (Art. 27), sie geht nicht zur totalen Verstaatlichung über, sondern sanktioniert „einen freien Sozialismus, der die schöpferische Initiative des Einzelnen, das selbständige Handeln, nicht nur verhindert, sondern geradezu zur Voraussetzung hat“ (Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, 2. Aufl., Bad Homburg 1963, Einf. S. 22). Ein kollektivistisches Gesellschaftsbild liegt also auch der Hessischen Verfassung nicht zugrunde, sie enthält also auch eine „Mittellösung“ zwischen der Gewerbefreiheit altliberalen Gepräges und der staatlichen Vollplanung des Kommunismus, eine „Mittellösung“, die für die Nachkriegsverfassungen kennzeichnend war (vgl. Schüle, Verfassung, S. 17; Raiser, Festschrift für Gierke, S. 181/183). Diese Mittellösung auf dem Boden der Personwürde war letztlich personalistisch ausgerichtet.

⁹⁹ Vor allem in: Soziale Marktwirtschaft und GG.

¹⁰⁰ Wirtschaft, S. 17.

muliert, und zwar auch dort, wo die soziale Marktwirtschaft nicht als Bestandteil des Grundgesetzes anerkannt wird¹⁰¹.

II. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und das Subsidiaritätsprinzip

1. Im *Herrenchiemseer Verfassungskonvent* versuchten die Teilnehmer Süsterhenn und Kanka, dem Subsidiaritätsprinzip eine ausdrückliche Aufnahme in den Verfassungstext zu verschaffen¹. Der Versuch mißlang.

Zunächst konnte die Schwierigkeit nicht bewältigt werden, den Grundsatz angemessen zu formulieren², vor allem, da die Bezeichnung als „Subsidiaritätsprinzip“ vermieden werden sollte: die Wahl dieses Wortes hätte den konfessionellen Ursprung des Prinzips verdeutlicht und dieses damit möglicherweise als einseitig konfessionelles Gedankengut abgestempelt.

Überdies glaubte Süsterhenn von einer *Expressis-verbis*-Aufnahme absehen zu können, da der Grundsatz der Sache nach im Eingangsartikel des Entwurfs mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gelangt sei: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (Art. 1 I HChE)³.

¹⁰¹ Eine solche „neoliberale Fassung“ des Subsidiaritätsprinzips bietet etwa E.-R. Huber (DÖV 1956, 205): Das Subsidiaritätsprinzip besage, „daß Staatsingriffe in die Wirtschaftsfreiheit nur, aber auch stets gerechtfertigt sind, wenn und soweit überragende Forderungen des Gemeinwohls durch die wettbewerbswirtschaftliche Selbstregulierung des Marktes nicht erfüllt werden können, ...“. Weitere neoliberale Definitionen des Grundsatzes bei Fischerhof (DÖV 1960, 43): Der Staat erfülle das Sozialstaatsprinzip dadurch, daß er den Wettbewerb gewährleiste (etwa durch das Kartellgesetz); erst soweit der Wettbewerb versage, könne und müsse er eingreifen. Zu ähnlichen Formulierungen gelangen Nipperdey (FN 99), S. 26; Stern, DÖV 1961, 328; Benda, Herrschaft, S. 177/178.

Eine gesetzliche Konkretisierung dieser „neoliberalen“ Subsidiaritätsregelung enthält das *Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft* vom 22. Dez. 1959 (EGBI. I, S. 785), § 1 II.

¹ Die Darstellung der Vorgänge im Herrenchiemseer-Verfassungskonvent beruht auf Auskünften, die Herr Prof. Dr. Süsterhenn, der Bevollmächtigte des Landes Rheinland-Pfalz im Verfassungskonvent, dem Verfasser in einem persönlichen Brief freundlicherweise erteilte.

Maunz (Staatsrecht, § 10 II 7) erwähnt den Versuch, „die Subsidiarität in den Verfassungstext einzubauen“, während der offizielle „Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee“ (München o. J.) den Vorgang nicht aufführt.

² Vgl. Maunz (FN 1); Süsterhenn, Festschrift für Höffner, S. 432/433.

³ Zum Schicksal von Art. 1 I HChE vgl. u. FN 14/16. Die Eingangsformel des Herrenchiemseer-Entwurfs enthält in der personalistischen Staatszielbestimmung nur eine Grundlage des Subsidiaritätsprinzips. Um zum Subsidiaritätsprinzip selbst zu gelangen, sind immerhin noch einige Stufen der Konkretisierung und Materialisierung hinabzusteigen.

Wenn diese Bestimmung auch die Subsidiaritätsidee als Grundentscheidung über das Verhältnis des Staates zu den Individuen verkörpern mochte, so ließ sie doch offen, welche Stellung den intermediären Gewalten zukommen sollte. Im Konvent wurde zwar erwogen, auch Grundrechte der korporativen Ordnungen in den Entwurf aufzunehmen⁴, jedoch wurde dieser Vorschlag abgelehnt. Eine Regelung über die innerstaatlichen Gemeinschaften hätte das Gremium unausweichlich mit dem Problem der Sozial- und Wirtschaftsverfassung konfrontiert, das für den Konvent unlösbar war. Die Vorstellungen der Parteien wichen in dieser Frage so stark voneinander ab, daß die tragfähige Grundlage einer Einigung sich nicht hätte finden lassen — jedenfalls nicht unter dem Zeitdruck, der die Arbeit des Verfassungskonvents bestimmte. Vollends ließ die „Rücksicht auf die vorläufige Natur des Grundgesetzes“⁵ die Bereitschaft erlahmen, gesellschaftspolitische Fragen verfassungskräftig zu entscheiden.

2. a) Auch der *Parlamentarische Rat* scheute davor zurück, die gesellschaftlichen Lebenskreise zu regeln und konkrete soziale Ordnungsprinzipien festzulegen, obwohl er von verschiedenen politischen Richtungen — unter Berufung auf die katholische Naturrechtslehre oder auf das kommunistische Parteiprogramm — dazu gedrängt worden war⁶. Solche Regelungen gingen nach der Auffassung der Mehrheit über die Grenzen des Auftrags hinaus, nur ein Provisorium zu schaffen⁷. In den Vordergrund

⁴ Bericht (FN 1), S. 21.

⁵ Bericht (FN 1), S. 21. — Im Konvent war sogar die Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung auf Widerstand gestoßen. Vgl. JÖR 1, 253/257.

⁶ Der Abg. *Süsterhenn* (CDU) forderte die Anerkennung der Lebensrechte auch der innerstaatlichen Lebensgemeinschaften, der Familien, Gemeinden, Heimatlandschaften und beruflichen Lebensgemeinschaften (vgl. JÖR 1, 43/44). Kritik daran, daß soziale Grundrechte und Bestimmungen über die soziale Ordnung fehlten, übten die Abg. *Seebohm* (DP) und *Wessel* (Zentrum) in der 3. Lesung vom 8. 5. 1949 (Sten. Ber. S. 215, 219). Eine konkrete Sozialverfassung forderte die KPD-Fraktion (Drucks.-Nr. 459 — Begründung durch den Abg. *Renner*, Sten. Ber. S. 180). — Dazu *Weber*, W., *Der Staat* 4 (1965), S. 411/416.

Mehrfach wurde das Subsidiaritätsprinzip als Leitgedanke ausdrücklich apostrophiert: vom Abg. *Brockmann* (Zentrum) in der 3. Sitzung v. 9. 9. 1948 (Sten. Ber., S. 55/56) — Freiheitsgarantie, deren Anwendungsfälle vor allem das Erziehungsrecht der Eltern, die gemeindliche Selbstverwaltung und die Rechte der Länder seien; vom Abg. *Süsterhenn* in der 2. Sitzung v. 8. 9. 1948 (Sten. Ber., S. 20) — „subsidiäre Funktion“ des Staates gegenüber den Einzelmenschen und den innerstaatlichen Gemeinschaften.

Art. 3 des *DP-Verfassungsentwurfs*, vorgetragen in der 3. Sitzung v. 9. 9. 1948 durch den Abg. *Seebohm*, umschrieb den Grundsatz der Sache nach: „Der Staat hat dem Menschen zu dienen und mit der ihm anvertrauten Macht Recht und Gerechtigkeit zu verwirklichen. Er hat die Aufgabe, zu helfen und zu schützen. Was der Einzelne in erlaubter Weise aus eigenem Antrieb und aus eigener Kraft leistet, darf der Staat nicht zerschlagen, aufsaugen oder zu ersetzen versuchen.“

⁷ Vgl. Abg. *Schmid* (SPD) in der Plenarsitzung vom 6. 5. 1949 (Sten. Ber., S. 172, DÖV 49, 203). Der Gesichtspunkt der Vorläufigkeit trat ohnedies in

rückte aber ein anderes Bedenken: Da die künftige wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung noch nicht abzuschätzen war, schien es vermessen, in diesem Bereich eine rechtliche Gestaltung zu wagen⁸. Über den Inhalt einer solchen Gestaltung hätte sich auch kaum das hinreichende Maß von Einigkeit erzielen lassen, das eine Verfassungsentscheidung erfordert. Kennzeichnend ist das Bedenken, das gegen eine Neuschöpfung der Grundrechte als sozialer Institutionen im Sinne Naumanns geäußert wurde: es werde leicht bloß bei einem höchst heterogenen Niederschlag verschiedener Parteiprogramme bleiben, ohne daß sich eine einheitliche Auffassung über die Substanz des neuen Staates oder der neuen Gesellschaft herausbilde⁹.

So schob der Verfassungsgeber resignierend die Entscheidung über die künftige gesellschaftliche Ordnung dem Gesetzgeber zu und begnügte sich damit, diesem die formalen Kompetenzen zuzuerkennen.

Die Sozialstaatsklausel (Art. 20 I, 28 II GG) zeigt eher, daß der Verfassungsgeber eine Aufgabe gesehen, als er sie bewältigt hat¹⁰. Statt eine schöpferische Gesellschaftskonzeption zu entwickeln, griff die Konstituante auf die klassischen Individualgrundrechte zurück und richtete ihr Augenmerk darauf, deren Rechtsgehalt zu aktualisieren, sie „aus den besonderen Verhältnissen der Gegenwart heraus neu zu gestalten und zu formen“¹¹.

Insoweit deuten die Materialien darauf hin, daß der Verfassungsgeber den Bereich gar nicht betreten hat, innerhalb dessen die Geltung des Subsidiaritätsprinzips in Frage stehen könnte, daß er die Entscheidung in bewußter Selbstbeschränkung offen halten wollte.

b) Dennoch erweist gerade die Entstehungsgeschichte, daß diese Entscheidung nicht dem Belieben eines souveränen Gesetzgebers überlassen

den Beratungen immer mehr zurück. „Provisorisch —, wer hätte das im Gedächtnis behalten, als sich die Möglichkeit bot, um Prinzipien zu kämpfen, noch dazu mit lusterzeugender Systematik?“ (*Kogon*, E., Das zureichende Minimum, Frankfurter Hefte, IV, 1949, 283/284). Zu dieser Wandlung: *Merkel*, Entstehung, S. 97/98 mit Belegen. — Grundsätzl. zur Vorläufigkeit *Ipsen*, Grundgesetz, S. 12, 17, 21.

⁸ Vgl. Äußerungen in der 2. Plenarsitzung des Parlamentarischen Rates vom 8. 9. 1948 der Abg. *Schmid* (SPD) und *Heuß* (FDP) — Sten. Ber., S. 14, 44 — JöR 1, 43; ferner *von Mangoldt* (CDU), Schriftl. Bericht zum Entwurf der GG für die BRD, Drucksachen 850, 854, S. 5 (= DÖV 1949, 261), und Das BGG, S. 35.

⁹ So der Abg. *Zinn* (SPD) in der 3. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 21. 9. 1948 (Sten. Prot., S. 16 und 17 = JöR 1, 44). Auch *Strauß*, Wirtschaftsverfassung, S. 12, warnte vor der Festlegung einer Wirtschaftsverfassung wegen der Gefahr vorschneller, wenig durchdachter Lösungen; ähnlich *Raiser*, Festschrift für Gierke, S. 200, und *Schüle*, Verfassung und Wirtschaft, S. 17.

¹⁰ Nach *Weber*, W., Der Staat 4 (1965), 414, sollte die Sozialstaatsklausel „sozusagen das Surrogat für das Beiseitelassen sozialwirtschaftlicher Grundsätze oder sozialer Lebensordnungen“ sein.

¹¹ *von Mangoldt*, Schriftl. Bericht (FN 8), S. 5.

bleiben sollte. Der Geist des Staatsorganisations war von einem intellektualistischen Grundzug geprägt, der ihn wesentlich von voluntaristischen Souveränitätsauffassungen abhebt. In der Annahme der Grundrechte sollte nicht autonom gestaltende Devisen, sondern das Bekenntnis zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ liegen. Dieser Rechtsbezirk war jeglicher staatlichen Machtausübung vorgegeben, selbst der des *pouvoir constituant*. Hier sah der Verfassungsgeber seinen Auftrag nicht darin, das Gemeinwesen revolutionär umzugestalten, sondern darin, ursprüngliche Grenzen der Staatsgewalt nachzuzeichnen¹².

Zwar entsprangen die positivierten vorstaatlichen Rechte nicht einer geschlossenen politischen oder philosophischen Konzeption; die Ableitung aus religiösen Fundamenten blieb gleichermaßen offen wie die aus einem weltlichen Naturrechtssystem¹³. Jedoch ließ sich der Verfassungsgeber von einer Grundvorstellung leiten, die den ideologischen Hintergrund der Einzelregelungen darstellte und als Fundamentalentscheidung durch alle Formelkompromisse hindurchschimmerte: der Grundvorstellung des ethischen Personalismus, der die kollektivistische Machtideologie abgelöst hatte.

Die personalistische Staatszielbestimmung war im Eingangsartikel des Herrenchiemseer Entwurfs zum Ausdruck gelangt. Diese Grundsatzentscheidung trat auch im Bekenntnis zur Menschenwürde hervor, das der Parlamentarische Rat an den Anfang des Grundgesetzes stellte — jedoch in ein wenig anderer Akzentuierung. Gegen Art. 1 I HChE waren Bedenken erhoben worden, er habe keinen klar erkennbaren Rechtscharakter und enthalte eine unfundierte Polemik gegen den „schiefe verstandenen Hegel“; das Staatsgrundgesetz dürfe nicht mit einer Kränkung der inneren Würde des Staates eingeleitet werden, dadurch, daß man ihn als eine „subsidiäre Angelegenheit“ herabsetze, denn auch der Staat sei ein Träger eingeborener Würde¹⁴.

Die Einwände, die gegen die Übernahme des Art. 1 I HChE vorgebracht wurden, beweisen überdies, daß der Zusammenhang zwischen dieser

¹² Vgl. von Mangoldt (FN 8), S. 5; dens., BGG, S. 35; ferner Ausführungen der Abg. Schmid und Süsterhenn in der 2. Plenarsitzung vom 8. 9. 1948 (Sten. Ber., S. 14, 21 = JöR 1, 42); die Diskussion im Grundsatzausschuß vom 23. 9. 1948, besonders die Ausführungen der Abgeordneten Bergsträßer (SPD), v. Mangoldt (CDU), Schmid (SPD) — Nachw. JöR 1, 48/49; Bericht des Verfassungskonventes (FN 1), S. 20.

¹³ Vgl. v. Mangoldt (FN 8). Dazu §§ 27, 48.

¹⁴ So die Rede des Abg. Heuß in der 2. Plenarsitzung vom 8. 9. 1948, Sten. Ber., S. 44. Badura (Verwaltungsmonopol, S. 315) sieht in der Formel des Verfassungskonventes nur die Umschreibung des Gemeinwohls in einem Wortspiel. Er erkennt damit, daß Art. 1 HChE ein bestimmtes Bild des Gemeinwohls, nämlich das personalistische, festlegen und damit alle autoritär-kollektivistischen Tendenzen verwerfen sollte. Der Bestimmung kam also trotz ihrer Abstraktionshöhe Entscheidungscharakter zu.

Bestimmung und dem Subsidiaritätsprinzip erkannt wurde — und zwar nicht allein von seinen Befürwortern. So trug neben den (ausschlaggebenden) stilistischen Bedenken jedenfalls als Begleitmotiv auch die Abneigung gegen eine sentenziöse Subsidiaritätsbekundung dazu bei, daß das Grundgesetz in anderer Weise eingeleitet wurde, als es der Verfassungsentwurf vorgesehen hatte. Deshalb muß jeder Versuch fragwürdig erscheinen, das Subsidiaritätsprinzip im Herrenchiemseer Eingangsartikel zu explizieren und es dann aus seiner Nachfolgebestimmung wieder zu deduzieren¹⁵. Andererseits bietet diese Episode der Entstehungsgeschichte auch kein gewichtiges Argument gegen die These, das Subsidiaritätsprinzip gelte einschlußweise als Verfassungsbestandteil. Denn eine substantielle Änderung sollte Art. 1 GG gegenüber seinem Vorgänger nicht bringen¹⁶.

c) Ein weiteres Eingangstor in das Verfassungsrecht öffnete sich dem Subsidiaritätsprinzip dadurch, daß die neue Verfassung den bundesstaatlichen Staatsaufbau vorsah und die kommunale Selbstverwaltung gewährleistete. Da die föderalistische Theorie bereits in den politischen und juristischen Erörterungen, die der Verfassungsgebung vorausgegangen waren, mit den Leitgedanken der Subsidiarität und der vertikalen Gewaltentrennung „aufgeladen“ worden war¹⁷, bot sich der Subsidiaritätslehre von nun an die Chance, in das neue Recht der Staatsorganisation einzudringen.

Das Subsidiaritätsprinzip erschien in den Auseinandersetzungen um die Ausbalancierung der föderalen und der unitarischen Tendenzen im künftigen Bundesstaat als pragmatische Abgrenzungsmaxime: „so föderalistisch wie möglich, so zentralistisch wie notwendig“¹⁸. Die Abgrenzungsmaxime selbst wurde nicht in Frage gestellt, vielmehr lag sie den Auseinandersetzungen gerade zugrunde¹⁹. Dafür, daß die Machtkonzentration beim Bund auf das unerläßliche Maß beschränkt blieb, sorgte schon allein das politische Gewicht der Länder, die über ihren Besitz-

¹⁵ Diesen Versuch unternimmt *Süsterhenn* (Gutachten, S. 17; Festschrift für Höffner, S. 231). Ähnlich *Bernzen*, Diss., S. 76/77.

¹⁶ Vgl. *Süsterhenn*, Gutachten, S. 18; *Nipperdey*, GR II, S. 11.

¹⁷ s. o. §§ 24, 28, 29. Den Einfluß der Subsidiaritätsideologie stellt *Köttgen* fest (JÖR n. F. 3, 71). Ähnlich: *Hettlage*, K. M., VVDSIRL 14 (1956), 15/16.

¹⁸ So *Kurt Schumacher*, SPD-Parteitag-Protokoll, 1947, S. 128; zitiert nach *Merkl* (FN 7), S. 51. Ähnlich Abg. *Schmid*, Grundsatzreferat in der 2. Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 8. 9. 1948, Sten. Ber., S. 16. Beide Abgeordnete repräsentierten gerade den unitaristischen Flügel des Parlamentarischen Rates. — Zur politischen Konstellation: *Merkl* (FN 7), S. 49/61, 162/175.

¹⁹ Der äußere Druck der Besatzungsmächte auf das bundesstaatliche Verfassungswerk sei in diesem Rahmen vernachlässigt. Nach *W. Strauß* (Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 116) leisteten zwar alle Parteien, entsprechend dem Auftrag der Alliierten, dem Föderalismus „Lippendienste“, dagegen hätten nur die CDU/CSU und die DP die Aufgabe ernsthaft wahrgenommen.

stand wachten; die Länder hatten ja schließlich die Entscheidung zu treffen, ob das Grundgesetz angenommen wurde oder nicht.

3. Zwei Momente der Entstehungsgeschichte, der personalistische Ansatz der Staatslegitimation und die bundesstaatliche Organisationsstruktur, weisen also darauf hin, daß der Boden für die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips günstig war. Es zeigen sich hier „subsidiaritätsfreundliche“ Grundstimmungen der Verfassungsentstehung, welche die politische Weltanschauung des Grundgesetzes erschließen lassen²⁰.

Damit ist noch nicht — auch nicht vom Standpunkt einer einseitig subjektiv-historischen Auslegungsmethode her — die Geltung des Subsidiaritätsprinzips als stillschweigend mitgeschriebene Verfassungsnorm aufgewiesen. Es ist nicht die Rechtfertigung, sondern nur ein Argument für seine mögliche Rechtfertigung gewonnen. Aus der ideologischen Staatslegitimation eine praktische Einzeldirektive abzuleiten, wäre eine ähnliche Verkürzung des juristischen Gedankenganges wie der Versuch, aus dem Verzicht auf eine konkrete, institutionalisierte Sozialverfassung auch den Verzicht auf eine abstrakte, elastische Maxime des gesellschaftspolitischen Handelns zu folgern²¹.

Jedoch ist auch von der Entstehungsgeschichte her keiner der beiden Analogieschlüsse auszuschneiden. Sie ist nach beiden Richtungen hin offen. Die Lösung ist auf dieser Ebene der Argumentation nicht zu gewinnen. Die Antwort kann nur mit den Mitteln der objektiven Auslegung unter Würdigung der maßgebenden Einzelbestimmungen und der übergreifenden Leitgedanken der Verfassung gefunden werden.

²⁰ Untersuchungen zur ideologischen Genealogie der WRV: *Hensel*, Grundrechte; *Schmitt*, C., Verfassungslehre, S. 28, 36. Ansätze zu solchen Analysen des BGG bieten *Maunz* (FN 1), § 13 II 1, und *Thieme*, ZGesStW 113 (1957), 285.

²¹ Aus dem Umstand, daß im Herrenchiemseer Konvent die ausdrückliche Positivierung des Subsidiaritätsprinzips nicht durchgesetzt wurde (bekannt durch den Hinweis bei *Maunz*, FN 1), wird in der Literatur gelegentlich der Schluß gezogen, der Grundsatz könnte nicht innerhalb des Verfassungsrechts gelten. In dieser Weise argumentieren apodiktisch, ohne die Zusammenhänge der Entstehungsgeschichte näher zu prüfen: *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 315; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), S. 412; *Zacher*, Freiheit, S. 81; ders., Rechtsgutachten, S. 94/95; ein Indiz gegen die Geltung sieht *Glaser*, Diss., S. 87.

Soweit im übrigen die Geltung des Subsidiaritätsprinzips als positiver Verfassungssatz bejaht wird, ist das Ergebnis zumeist nur im Wege objektiver Interpretation gewonnen worden, wie bei *Maunz* (FN 1), der meint, dieser Grundsatz liege der Verfassung mittelbar zugrunde. Soweit ersichtlich, begründen nur *Süsterhenn* (FN 2) und *Bernzen* (Diss., S. 75/80) die positivrechtliche Geltung auch mit Gesichtspunkten aus der Entstehungsgeschichte.

Dritter Abschnitt

Die rechtsdogmatische Untersuchung

I. Staat und Gesellschaft als Ordnungseinheiten des Grundgesetzes

Ehe die Frage gestellt werden kann, ob das Grundgesetz zwischen Staat und Gesellschaft eine subsidiäre Ordnungsbeziehung vorsieht, muß untersucht werden, ob die dualistische Konzeption von Staat und Gesellschaft in der heutigen Verfassungsordnung überhaupt noch Geltung beanspruchen kann und somit das Vorrangproblem nicht von vorneherein gegenstandslos geworden ist (1). Ferner muß vorweg geklärt werden, ob die beiden Größen als *möglicher* Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips in Frage kommen, ob sie die formalen Strukturen erkennen lassen, die das Subsidiaritätsprinzip voraussetzt: hierarchische Zuordnung, Homogenität und konkurrierende Zuständigkeit der Einheiten (2).

1. Der Dualismus von Staat und Gesellschaft

a) Die Existenzfrage

Wenn Staat und Gesellschaft auf verfassungsrechtlicher Ebene unterschieden werden sollen, liegt der Vorwurf nahe, daß ein anachronistischer Gegensatz künstlich aufrechterhalten und eine Dichotomie verwendet werde, die für ein aktuelles Verfassungsverständnis jeden Sinn verloren habe.

In der Gegenüberstellung zur „Gesellschaft“ bedeutet „*Staat*“ die Organisation mit der Befugnis, unwiderstehliche Gewalt auszuüben. Dagegen bildet die „*Gesellschaft*“ die komplementäre Größe, die als Inbegriff aller sozialen Erscheinungen unterhalb jener Instanz zu erfassen ist. Das Begriffspaar, das zu den eigentümlichen Kategorien der deutschen Staatsrechtslehre zählt¹, ist vom juristischen Positivismus des 19. Jahrhunderts zu dieser Gestalt ausgeprägt worden; die staatsphilosophischen Wurzeln reichen aber in den Idealismus und in die Romantik zurück, vor allem in Hegels Lehre von der „Bürgerlichen Gesellschaft“². Der Dualismus von

¹ Daß dieser Gesellschaftsbegriff der außerdeutschen Wissenschaft fremd sei, hebt *von der Gablentz* (Art. Gesellschaft, in: *Staat und Politik*, Frankfurt 1957, S. 88 [89]) hervor; er verschafft auch einen kurzen Überblick über die soziologischen Begriffe der Gesellschaft (S. 88/90).

² Zur Geschichte der Kategorien vgl. *Angermann*, E., Robert von Mohl, Neuwied 1962, S. 330/448; *Conze*, W., *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, HZ 186 (1958), 1/34; *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungsrechtliches Problem, *Festgabe für Smend*, S. 23/49, bes.

Staat und Gesellschaft hatte in der konstitutionellen Monarchie sein verfassungsrechtliches und im liberalen Bürgertum sein soziales Fundament finden können.

Das Grundgesetz aber hat sich für die Demokratie und den Sozialstaat entschieden. In der *Demokratie* ist der Gegensatz zwischen obrigkeitlicher und staatsfreier Sphäre sowie zwischen monarchischer und liberaler Legitimität aufgehoben. Die Demokratie stellt die Einheit des Gemeinwesens her, da sie nur *eine* Form der Legitimität anerkennt: den Allgemeinwillen des Volkes, der Regierende und Regierte eins werden läßt und der den Zusammenhang zwischen der privaten Lebensform der Bürger und der politischen Lebensform der Nation herstellt³. Dieser Zusammenhang wird besonders deutlich, wenn man mit Smend den Staat als *Integrationsvorgang* der Gemeinschaft deutet, nicht dagegen als die statische Organisation, die Rechtsakte setzt, und wenn man den Staat in den einzelnen Lebensäußerungen nur wirksam sieht, sofern sie Bestätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges sind⁴. Aus dieser Sicht dürfen auch die Grundrechte nicht einseitig als Ausdruck einer Abwendung vom Staatsganzen verstanden werden; vielmehr bilden sie „die positive Berufsausstattung des freien Mannes für sein öffentliches Wirken . . . , des stolzen Bürgers, nicht des kümmerlichen Bourgeois“⁵. Die Demokratie schafft das Forum des „plébiscite de tous les jours“ (Renan), das alle sozialen Lebensphänomene, nicht nur die institutionalisierten Wahlen und Abstimmungen, umgreift. Öffentliche und private Meinungsäußerungen, die Einflußnahme der Presse und das Wirken der Verbände, das sozial wirkmächtige Handeln Privater wie das der Staatsorgane stellen sich so als Teilnahme an einem einzigen umfassenden Integrationsprozeß dar, in dem sich die Einheit des Gemeinwesens ständig erneut herstellt. Im Zeichen des *Sozialstaats* ist schließlich die Autarkie der bürgerlichen Gesellschaft aufgehoben. In ihm wird die gemeinsame Ausrichtung aller privaten und öffentlichen Instanzen am Leitbild der sozialen Gerechtigkeit gefordert⁶.

S. 38/42 mit Nachw.; Böckenförde, Gesetz, S. 132/169; ders., Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, Festschrift für Otto Brunner, Göttingen 1963, S. 248/277; Sammelwerk „Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815–1848“, Stuttgart 1962 (vor allem die Beiträge von Brunner, O., S. 39/78, Angermann, E., S. 173/206, und Conze, W., S. 207/269); Müller, F., Korporation, S. 314/330.

Die Eigentümlichkeit der modernen Kategorien wird von Otto Brunner durch die Gegenüberstellung mit der mittelalterlichen Verfassungsstruktur verdeutlicht (Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, abgedr. in: Herrschaft und Staat im Mittelalter, Darmstadt 1956, S. 1 ff., 11/19).

³ Vgl. Schüle, Demokratie als politische Form und als Lebensform, in: Festschrift für Smend, S. 326/343.

⁴ Vgl. Smend, Verfassung, bes. S. 138. Weitere Nachw. u. §§ 56/57.

⁵ Smend, ZEE 6 (1962), 72.

⁶ Als Argument gegen das Begriffspaar von Staat und Gesellschaft erscheint

Es erscheint deshalb folgerichtig, wenn Ehmke vorschlägt, das Begriffspaar von „Staat“ und „Gesellschaft“ fallen zu lassen und allein das politische Gemeinwesen, das die konträren Mächte in sich vereinigt, als „Staat“ zu würdigen⁷. Damit sieht Ehmke nicht nur die kategoriale Teilung des einheitlichen politischen Verbandes überwunden, sondern auch die Verdoppelung des Staatsbegriffes, der homonym die juristische Person als Gegenspielerin der Gesellschaft wie den Verband, der beide umschließt, bezeichnet. Aus dieser Sicht vermag Ehmke die Eigenart der menschlichen Verbände als politischer Gemeinwesen darzustellen — „politisch“ nicht als Ausdruck von Befehl und Gehorsam im Über/Unterordnungsverhältnis, sondern als Wirkungs- und Entscheidungseinheiten zur guten Ordnung des Gemeinwesens und zur Erfüllung der nach innen und außen gestellten gemeinsamen Aufgaben, die auch das ganze wirtschaftliche, soziale und kulturelle Gemeinschaftsleben betreffen⁸.

Der Begriff des Staatsverbandes zeigt aber die Nation nur unter einem einzigen Aspekt: im Zustand der Einheit, in der Endstufe der Integration. Die Ausgangsstufe dagegen, den Zustand der sozialen Vielgestaltigkeit, des Pluralismus, erfaßt der Begriff nicht. Gerade dieser zweite Aspekt aber läßt das freiheitliche Element des Gemeinwesens erkennen, das den Unterschied zu allen totalitären Staatsformen schafft. Die Nation ist *auch* bestimmt von der tatsächlichen Verschiedenheit der Individuen und der kollektiven Machtballungen — der Verschiedenheit, die ihr Fundament in der grundrechtlich gesicherten Freiheit findet. Wenn die demokratische Integration sich nicht in den Wahlen und Abstimmungen erschöpft, deren Richtmaße die Allgemeinheit und die schematische Gleichheit bilden (vgl. Art. 38 I GG), so fußt sie auch auf der sozialen Ungleichheit der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Faktoren, die nach Maßgabe ihres wirklichen Gewichtes auf den Prozeß einwirken und ihre Stimmen mit je besonderem Zählwert im tagtäglichen Plebiszit abgeben. Es ist deshalb bereits dort, wo es nur um die demokratische Komponente des Gemeinwesens geht, unerläßlich, den Begriff des Staatsverbandes durch einen Gegenbegriff zu ergänzen. Dieser Gegenbegriff ist die *Gesellschaft*.

die Sozialstaatsklausel besonders bei Hesse (Nachw. FN 7). Zum Sozialstaat s. §§ 40, 55.

⁷ Vgl. Ehmke (FN 2), S. 42/49; ders., *Wirtschaft*, S. 5/6, 23, 36, 39; ähnlich auch Scheuner, AfK 1962, S. 150/151; ders., VVDStRL 22 (1965), 30; Häberle, P., JuS 1967, 64/72. Zurückhaltender: Hesse, VVDStRL 17 (1959), S. 45; ders., Festgabe für Smend, S. 79, 86; ders., *Grundzüge*, S. 5/8; Brohm, W., DÖV 1964, 247; Ridder, H., Probleme der inneren Pressefreiheit, Beilage „Der Journalist“, Heft Mai 1962, S. 4.

Die Lehre Ehmkes wird besonders scharf von Böckenförde abgelehnt, der auch heute noch Staat und Gesellschaft in der sozialen Wirklichkeit als „zwei nebeneinanderstehende Ordnungszusammenhänge real vorhanden“ sieht (Festschrift für Otto Brunner, S. 254, Anm. 24).

⁸ Vgl. Ehmke (FN 2), S. 44/45.

Die Grenzlinie von Staat und Gesellschaft durchzieht notwendig auch das demokratische Gemeinwesen, sie durchzieht sogar den Status des einzelnen Aktivbürgers, der als Staats-Angehöriger, mit gleichen Rechten begabt, an den institutionalisierten Mehrheitsabstimmungen teilnimmt und als Glied der Gesellschaft nach dem Maß seines realen Einflusses das politische Leben mitgestaltet. Die „Unterscheidung dessen, worin sich eine Nation einig ist, von dem, was sie teilt und einen Pluralismus sozialer Strömungen und Kraftfelder hervorruft, geht allen anderen Unterscheidungen, wie der sogenannten Trennung der Gewalten, voraus“ (Kaiser)⁹.

Das Rechtsprinzip des demokratischen Staates bildet die Gleichheit, das Rechtsprinzip der Gesellschaft die Freiheit. Die Folge der rechtlichen Freiheit in der sozialen Wirklichkeit ist aber die faktische Ungleichheit, die damit die soziologische Struktur der Gesellschaft in dem Maße prägt, wie die Freiheit die juristische bestimmt. Der Aufbau der demokratischen Institutionen kann nur auf dem Boden der Gleichheit erfolgen (arg. Art. 33 I, 38 I GG), die Volkssouveränität darf sich nur in einer egalitären Ordnung verwirklichen¹⁰. Damit die Integrität der staatlichen Institutionen gewährt wird, müssen sie geradezu gegen die Unterwanderung durch die anti-egalitären Kräfte der Gesellschaft abgesichert werden. Es ist also nicht nur zwischen der Gesellschaft und der im „Staat“ geeinten Nation zu unterscheiden, sondern auch zwischen der Gesellschaft und den Organen, welche die Nation repräsentieren: dem „Staat“ als juristischer Person.

Der zwiefache Aspekt der Staatlichkeit wird also sogar in der demokratischen Zuständigkeitsordnung sichtbar, in welcher der status activus der Bürger auf dem Spiele steht¹¹. In der Demokratie hat der Einzelne nicht nur als Bürger teil an der allgemeinen Herrschaft, sondern er ist auch als Untertan der allgemeinen Herrschaft unterworfen — diese personifiziert sich im Staat^{11a}.

⁹ Repräsentation, S. 339. *Leibholz* (Strukturprobleme, S. 329/338) trifft die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nach ihrem politischen und unpolitischen Charakter.

¹⁰ Dieser Leitgedanke von *Kaisers* Werk (FN 9) gelangt besonders S. 360 zum Ausdruck.

¹¹ Einen Beleg dafür, in welchem Maße die Kategorien von Staat und Gesellschaft bereits dort notwendig sind, wo spezifisch demokratische Verfassungsprobleme zu klären sind, liefert das Parteifinanzierungsurteil des BVerfGE 20, 56 (97/115). Wie gerade der Status der politischen Parteien nur durch diese Dichotomie erfaßt werden kann, stellt auch *W. Henke* dar (Das Recht der politischen Parteien, Göttingen 1964, S. 1/6). Verfassungsprozessual spiegelt sich die Dichotomie in der Frage, ob Klagen der Parteien als Organstreitigkeiten von Staatsorganen oder als Verfassungsbeschwerden freier Vereine zu behandeln sind (Nachw. bei *Maunz*, M—D, Art. 21/Rdnr. 92). — Kritisch *Häberle* (FN 7).

^{11a} Grundlegend dazu *Kelsens* Beweisführung in: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Neudr., Aalen 1963, S. 11/12.

Vollends muß diese Unterscheidung durchgeführt werden, wenn es um den status negativus oder positivus der Individuen geht. Hier wird ein vom Einzelnen verschiedener Adressat seiner Abwehr- und Leistungsansprüche vorausgesetzt: der Staat als Herrschaftsorganisation. Auf dieser Unterscheidung beruhen die Grundrechte, die eine dualistische Beziehung zwischen Rechtsträgern und Rechtsverpflichteten, zwischen Individuen und „öffentlicher Gewalt“, zum Gegenstand haben. Mit der Übernahme der Institute der rechtsstaatlichen Tradition mußte auch (wenigstens in verwandelter Form) der Dualismus von Staat und Gesellschaft übernommen werden.

Wo immer der organisierten Staatsgewalt rechtsstaatliche Grenzen gesteckt werden, entstehen jene „staatsfreien“ Räume, welche die Gesellschaft auffüllt. In dieser Zone, die für die Willensbildung des Gemeinwesens bedeutungslos ist, weist die Gesellschaft einen eigentümlich unpolitischen Charakter auf. Sie bildet einen Sektor des Privaten, den die liberale Demokratie aussparen muß¹². Damit wird deutlich, daß die Gesellschaft nicht in der Aktivbürgerschaft aufgeht.

Schließlich kann auch die *Sozialstaatsklausel* nicht von einer monistischen Auffassung des Staatsverbandes her erschlossen werden. Schon im Begriff verweist sie auf ein „Gegenüber“ des Staates, für das Verantwortung wahrzunehmen ist: auf die Sphäre des „Sozialen“, auf die Gesellschaft¹³.

Auch Ehmke erkennt die Notwendigkeit an, daß in einem freiheitlichen Gemeinwesen die Vielfalt der Beziehungen nicht mit dem Begriff des Staatsverbandes hinreichend erfaßt werden kann. Er schlägt vor, die Institutionen der Meinungs- und Willensbildung, der Führung und Koordinierung mit der amerikanischen Kategorie des „government“ zu bezeichnen¹⁴. Diese Entlehnung aus einem völlig anders strukturierten Rechtskreis soll letztlich den engeren deutschen Staatsbegriff ersetzen, so wie das angelsächsische Komplementärinstitut der „civil society“ sich als Surrogat für den Gesellschaftsbegriff der deutschen Tradition anbietet. Jedoch sind diese Surrogate der deutschen Rechtsordnung nicht gemäß, da das Grundgesetz in einem anderen Überlieferungszusammenhang steht und die herkömmlichen Unterscheidungen voraussetzt. Das gilt vor allem von der Umschreibung der staatlichen Funktionen in Art. 1 III GG; das „government“, das viel weiter reicht, ist dieser Bestimmung völlig inkongruent¹⁵.

¹² Vgl. Schüle (FN 3), S. 322. Vgl. auch BVerfGE 6, 32 (41).

¹³ Ipsen widerlegt die These, daß Staat und Gesellschaft in einer volksouveränen Demokratie eingeschmolzen sind, mit der Existenz der Subvention, die als Interventionsmittel vom Intervenierenden Absonderung voraussetzt (VVdstRL 25 [1967], S. 300). — Zur Sozialstaatsklausel s. u. § 40.

¹⁴ Ehmke (FN 2), S. 45: Zu den Kategorien „Government — civil society“ im amerikanischen Recht: Ehmke, Wirtschaft, S. 669/677.

¹⁵ Mittelbar gibt Ehmke (FN 2, S. 48) die Inkongruenz auch zu, indem er erwägt, welche Folgen es für die Drittwirkung der Grundrechte hätte, wenn Art. 1 III GG statt des geltenden Wortlauts den Begriff des government enthielte. — In dieser (beiläufig bestätigten) Unangemessenheit des importierten

Wenn der Stellenwert und die Zuordnung von Staat und Gesellschaft problematisch geworden sind, so wäre es voreilig, die Kategorien schlechthin aufzugeben, vor dem Gewicht einer bedeutenden Tradition zu resignieren und, statt die Kategorien den neuen Bedingungen anzupassen, sich der Chance zu differenzierter Erkenntnis zu berauben.

Nicht der Dualismus von Staat und Gesellschaft wird unter den Auspizien von Demokratie und Sozialstaat in Frage gestellt, sondern die wechselseitige Beziehung der Größen. Nicht ihre Existenz muß in einer verwandelten Welt neu bestimmt werden, sondern ihre Essenz. Staat und Gesellschaft stellen sich heute nicht mehr als autarke Ordnungen dar, sondern als eine dialektische Einheit. In dieser dialektischen Zuordnung, die Diversität und Identität umschließt, bildet der Staat die Antithese zur Gesellschaft und die umgreifende einheitstiftende Synthese¹⁶.

b) Der Unterscheidungsmaßstab

Die Pole der grundgesetzlichen Konzeption von Staat und Gesellschaft bilden die Organisation des Bundes und der Länder auf der einen und die Individuen auf der anderen Seite. Zwischen diesen Polen finden sich zahlreiche intermediäre Gebilde, rechtsfähige und nichtrechtsfähige, mitgliedschaftlich strukturierte und zweckbezogene, privatrechtlich und öffentlich-rechtlich geordnete. Welcher Sphäre diese Verbände zuzurechnen sind, steht nicht in jedem Fall eindeutig fest. Zwar kann eine verfassungsrechtliche Untersuchung im Gegensatz zu einer staatsphilosophischen Analyse oder Spekulation davon absehen, den letzten Wesensunterschieden nachzuspüren, weil sie in den positiven Verfassungsnormen ihren Grund findet, aber sie muß das rechtliche Kriterium finden, das der Unterscheidung zugrunde liegt¹⁷.

Begriffsgutes werden die Gefahren modischer Rechtsvergleichung besonders deutlich; die begrifflichen Konturen des nationalen Rechtssystems drohen verwischt zu werden.

¹⁶ Die Dialektik von Staat und Gesellschaft erscheint als Verfassungsprinzip bei Kötting, OLG-Festschrift, S. 84/85 (ähnlich auch DJT-Festschrift, S. 586); Kaiser (FN 9), S. 338.

Diese Auffassung von Staat und Gesellschaft nähert sich wieder der Lehre Hegels, für den die „bürgerliche Gesellschaft“ keinen geschlossenen Kreis unterhalb der obrigkeitlichen Herrschaftsinstanz, sondern die Durchgangsstufe im dialektischen Aufstieg von der Familie zum Staat bildete und sich als System der Bedürfnisse zwischen den beiden sittlichen Einheiten entfaltete. Die Gesellschaft mündete nicht nur in den Staat als die Wirklichkeit der sittlichen Idee und des substanziellen Willens ein, sondern fand auch in ihr den eigentlichen Grund, auf dem sie ihr Dasein erst gewinnen konnte (vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 181/256). Die Integrationslehre Smends hebt im wesentlichen nur den unitarischen Zug im dialektischen Verfahren hervor.

¹⁷ „Staat“ ist in diesem Zusammenhang also nicht die sich integrierende Rechtsgemeinschaft, sondern die juristische Person, die Institution.

aa) Dieses Kriterium kann nur aus der Polarität Staat—Individuum gewonnen werden. Der Staatsanstalt mit dem „*Monopol legitimer Gewalt-samkeit*“ (Max Weber)¹⁸ stehen die Träger der Grundrechte gegenüber. Wo immer rechtmäßige obrigkeitliche Herrschaft ausgeübt wird, handelt der Staat, sei es unmittelbar, sei es durch einen Delegationsempfänger. Wo immer ein Verband sein Daseinsrecht von den Individuen ableitet, mag er nach außen hin als Träger eigenen Rechtes oder als Sachwalter fremder Rechte¹⁹ auftreten, gehört er in die Zone des staatlichen Antipoden²⁰. So sind die freien Vereinigungen, die ihr Dasein individueller Grundrechtsbetätigung verdanken (Art. 9 I GG), gesellschaftliche Größen, während die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, die ihr Lebensrecht vom Staat empfangen haben²¹, zum Satellitensystem der staatlichen Zentralgewalt gehören. Die wesentliche Unterscheidung ist damit getroffen. Für Grenzfälle der Einordnung bedarf es allerdings ergänzender Gesichtspunkte.

bb) Wenn man die *Grundrechtsbindung* als Maßstab heranzieht, so wird bereits die Einsicht darüber vorausgesetzt, wer als Grundrechtsadressat in Betracht kommt. Wäre das nur die staatliche Gewalt, so müßte schon vorweg darüber Klarheit herrschen, wie weit sich die staatliche Gewalt erstreckt, und das Beweismittel wäre letztlich mit dem Beweisziel identisch. Folgt man aber der Lehre, daß die drittgerichteten Grundrechte jede soziale Gewalt verpflichteten, so bildet die Grundrechtsbindung a priori kein Unterscheidungsmittel mehr.

cc) Stellt man dagegen auf die *Grundrechtstrügerschaft* ab, so liegt ein brauchbares Kriterium vor, wenn die staatlichen Organisationen schlecht-

Die Frage nach der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft darf nicht mit der nach der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht verwechselt werden, so eng auch die Fragen zusammenhängen. Ob die Trennung der Rechtsgebiete Aufschlüsse für die grundrechtlich akzentuierte Dichotomie von Staat und Gesellschaft liefert, bedarf gerade des Beweises.

¹⁸ Wirtschaft, 2. Hbd., S. 1042—1046. — Die Bedeutung für die Staatszwecklehre wird u. § 34 gewürdigt.

¹⁹ Zur Bedeutung der Sachwalterschaft für die Grundrechtszuständigkeit vgl. Dürig, M—D, Art. 19 III/45—46.

²⁰ In diesem Zusammenhang kann aber die Frage völlig offen bleiben, in welchem Maße der Staat selbst sein Daseinsrecht von den Individuen ableitet, wie weit etwa in Art. 20 I GG staatsvertragliche Elemente Rousseau'scher Herkunft aufzufinden sind. Die Dichotomie von Staat und Gesellschaft setzt das Dasein des Staates bereits voraus.

Für Böckenförde (Festschrift für Otto Brunner, S. 254, FN 24) liegt der Wesensunterschied von Staat und Gesellschaft darin, daß auf der einen Seite alle hoheitliche Herrschafts- und politische Entscheidungsgewalt bei einer Organisation konzentriert, bzw. von ihr delegiert sei, auf der anderen Seite das Zusammenleben der Einzelnen auf der Grundlage von Freiheit und Gleichheit als ein in sich nicht-politisches geordnet sei.

²¹ Zur Einordnung der Kommunen s. u. § 50.

hin als Träger von Grundrechten ausgeschieden werden²². Wo jedenfalls die Verfassung ausdrücklich einer Institution Grundrechte zubilligt, wie den Koalitionen in Art. 9 III GG oder den Kirchen in Art. 140 GG mit 137 WRV, ist diese dem Bereich der Gesellschaft zuzuzählen.

Doch ergeben sich Schwierigkeiten, wo Kollektivgebilden nur über die allgemeine Regel des Art. 19 III GG die Grundrechtsfähigkeit zugesprochen werden kann. Denn ob Grundrechte „ihrem Wesen nach“ auf die jeweiligen juristischen Personen anwendbar sind, hängt von ihrem staatlichen oder gesellschaftlichen Charakter ab und kann nicht auf diesen zurückwirken²³.

dd) Nur beschränkte Aufschlüsse vermag die *Rechtsform* zu liefern. Zwar weist die öffentlich-rechtliche Struktur regelmäßig auf eine Zuordnung zur öffentlichen Gewalt hin, aber ein zwingender, hinreichender Beweis dafür liegt darin nicht. So sind die Kirchen zwar Körperschaften des öffentlichen Rechtes (Art. 140 GG mit Art. 137 IV WRV), aber doch scharf gegen den Staat abgesetzte Verbände. Überhaupt bildet die öffentlich-rechtliche Form oft nur den Rahmen, um gesellschaftliche Selbstverwaltung zu ermöglichen, wie es bei den berufsständischen Einrichtungen der Fall ist, oder das Mittel, um die Pflege gesellschaftlicher Interessen im Dienste des Gemeinwohls zu begünstigen und besonders wirksam zu gestalten²⁴. Auf der anderen Seite können auch Private mit der Wahrnehmung obrigkeitlicher Funktionen als „beliehene Unternehmer“ betraut werden, während der Fiskus über die Medien privatrechtlicher Kapitalgesellschaften tätig wird. Die Rechtsform scheidet somit als Bestimmungsgrund aus²⁵.

ee) Die obrigkeitliche *Funktion* allein kann ihren Träger nicht *schlechthin* zur staatlichen Instanz erheben, würde damit doch der „beliehene Unternehmer“ in *allen* seinen Lebensäußerungen dem staatlichen Bereich zugerechnet. Auf der anderen Seite bedient sich der Staat im verwaltungsprivatrechtlichen oder fiskalischen Bereich der Mittel, die auch den Privaten zugänglich sind. *Soweit* aber obrigkeitliche Funktionen wahrgenommen werden, liegt notwendig staatliches Handeln vor.

²² Dazu u. § 43.

²³ In der Gedankenshärfe und Konsequenz unübertroffen ist unter diesem Blickwinkel die Kommentierung *Dürigs*, M—D, Art. 19 III/29—48.

²⁴ Vgl. *BayVerfGH* 15, 22 (26/28) zum Bay. Roten Kreuz als Körperschaft des öffentlichen Rechtes.

²⁵ Es entfällt auch das Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht, das die ältere *Interessentheorie* aufgewiesen hat („publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“ — *Ulpian*).

Die Bindung an das *öffentliche Interesse* (Gemeinwohl) ist kein ausschließlich staatliches Kennzeichen; im übrigen hat der Staat auch „private“ (fiskalische) Interessen. Dazu u. §§ 34, 42.

„Privateigentum an Staatsfunktionen“ (Rupp) ist dem Grundgesetz fremd.

ff) Ein Verband gehört dann in seiner Totalität zum staatlichen Sektor, wenn die obrigkeitlich-staatlichen Funktionen den Organisationstypus schlechthin prägen und rechtfertigen, wenn die *Eingliederung* in das staatliche Institutionsgefüge erfolgt ist: Symptome für die Eingliederung stellen die Aufsichts- und Weisungsrechte der Zentrale dar, wie sie in der mittelbaren Staatsverwaltung ausgeübt werden²⁶. Den verfassungsrechtlichen Ausdruck des organisationsrechtlichen Dualismus bilden das Grundrecht der freien Berufe (Art. 12 I) auf der einen und die Garantie des staatsinkorporierten öffentlichen Dienstes (Art. 33 IV, V) auf der anderen Seite²⁷.

Wo die Inkorporation in den Staat erfolgt ist, ergreift der „staatliche“ Charakter alle Betätigungsarten, selbst die spezifisch fiskalischen. Diesen Charakter kann auch eine privatrechtliche Organisationsform etwa die einer staatsabhängigen Aktiengesellschaft nicht verhüllen²⁸. Allenfalls mag die staatsabhängige Institution im Einzelfall punktuell Sachwalterin individueller Rechte sein²⁹.

Diese Distinktion ermöglicht es, die Grenze zur Staatlichkeit auch dort zu erkennen, wo sich die Grenze mitten durch eine juristische Person hindurch zieht. Das gilt etwa von den Rundfunkanstalten: diese sind gesellschaftliche Medien, soweit sie repräsentativ das Grundrecht des Art. 5 I GG für die individuellen Träger des Freiheitsrechts ausüben³⁰; im übrigen aber müssen sie sich nach den Gesetzen der staatlichen Organisationsgewalt, nach denen sie als Anstalten des öffentlichen Rechtes auftreten sind, beurteilen lassen³¹.

²⁶ Dieses Kriterium liegt dem Bay. Stiftungsgesetz v. 26. 11. 1954 zugrunde: Nach Art. 1 II unterscheiden sich Stiftungen des öffentlichen Rechts von denen des bürgerlichen Rechts durch die ausschließliche Verfolgung öffentlicher Zwecke und dadurch, daß sie „mit dem Staat, einer Gemeinde, einem Gemeindeverband oder einer sonstigen Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in einem organischen Zusammenhang stehen, der die Stiftung selbst zu einer öffentlichen Einrichtung macht“ (BayBS II, S. 661).

²⁷ Diese Sichtweise stellt ganz formell auf die institutionell-organisatorische Seite ab. Es wird damit keine Aussage darüber gemacht, ob alle Aufgaben, die der Staat ausübt oder an sich ziehen will, dem Staat als legitim zugesprochen werden müssen. Hier geht es zunächst einzig darum, die Subjekte der Kompetenzverteilung zu erfassen, nicht aber die Kompetenzverteilung selbst (dazu u. § 34).

²⁸ So ist die Ausgliederung privatrechtlicher Tochtergesellschaften der öffentlichen Fernsehanstalten für die verfassungsrechtliche Qualifikation irrelevant, vgl. *Ipsen*, NJW 1963, 2103; *Zacher*, Rechtsgutachten, S. 49, und Ergänzungsgutachten, S. 34/44. Grundsätzlich: *Bettermann*, Festschrift für Hirsch, S. 2/3.

²⁹ Vgl. *Dürig* (FN 19) zum Beispiel der öffentlichen Sparkassen.

³⁰ Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (259/264).

³¹ Besonders deutlich hebt *BVerfGE* 22, 299 (302/307) den staatlichen Charak-

Der „Staat“ fällt also zusammen mit der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Grundgesetzes, mit dem in Art. 1 III angesprochenen Adressaten der Freiheitsrechte. Die „Gesellschaft“ tritt ihm nicht als ein geschlossener Verband, als selbständiges Rechtssubjekt³² gegenüber, sondern als der Inbegriff aller Grundrechtsträger, die den Herrschaftsinstitutionen unterworfen sind.

2. Die Kompetenzordnung von Staat und Gesellschaft — der (mögliche) gegenständliche Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips

a) Die Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungen der Gesellschaft *übergeordnet*³³. Diese hierarchische Beziehung erfüllt damit die erste Voraussetzung, die ein *mögliches* Anwendungsfeld des Subsidiaritätsprinzips aufweisen muß. Die Kategorien des „maius-minus, altius-inferius“ können nicht mehr im Einzelfall eigens herangezogen werden, wenn es darum geht, eine kleine Gemeinde mit einem mitglieder- und finanzstarken überregionalen Verband zu konfrontieren. Auch die kleine Gemeinde erscheint im Außenverhältnis zur Gesellschaft als integraler Bestandteil der öffentlichen Gewalt und damit als übergeordnete Instanz, selbst dann, wenn sie auf den Einsatz ihres eigentümlichen Imperiums verzichtet. Darin liegt eine positive Verfassungsentscheidung, die der rechtsdogmatischen Untersuchung den Weg weist. Der gordische Knoten, den die naturrechtliche Theorie auf ihrem Bereich nur schwer lösen kann, ist für das positive Recht damit zerschnitten³⁴.

ter der Gebührenhoheit hervor. Zum Doppelcharakter der Anstalten vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 52/128 mit Nachw.

³² *Laband* hatte aus dem Umstand, daß die bürgerliche Gesellschaft weder Subjekt noch Objekt von Rechten, noch ein rechtlich bestimmtes Verhältnis sei, gefolgert, sie sei „überhaupt kein Rechtsbegriff, mithin auch kein Begriff des Staatsrechts“ (Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, S. 98, FN 1). Ähnlich *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., S. 213.

³³ Ob für das Verhältnis Staat — Kirche vor allem auf Grund der Koordinationslehre eine Ausnahme zu machen ist, sei hier ausgeklammert.

³⁴ Die Frage *Herzogs* (Der Staat 2, 1963, 401/405), welche Gemeinschaft in der sozialen Wirklichkeit als „minus“ oder „maius“ anzusehen sei, stellt ein Dilemma der Subsidiaritätsdoktrin und -praxis heraus (s. o. § 4); vgl. auch *Peters*, AfK 6 (1967), S. 7/8; *Zacher*, Freiheit, S. 74/77. Jedoch besteht die Problematik nicht in der verfassungsrechtlichen Relation von Staat und Gesellschaft. Diese evidente Hierarchie der rechtlichen und ontischen Wirklichkeit stellt auch *Rendtorff* nicht in Frage (Der Staat 1, 1962, 410), der nur befürchtet, ein auf diese Beziehung angewendetes Subsidiaritätsprinzip profilieren den „als qualitativ behaupteten Unterschied von Staat und Gesellschaft“ und verleihe ihm quasi-ontologischen Rang. — *Süsterhenn* (Gutachten, S. 21/22) will die Gemeinden als „größer“ und „weiter“ im Verhältnis zu den freien Verbänden aufweisen, weil deren Zwecke „persönlichkeitsnäher“ seien und weil im übrigen die freien Verbände immer nur einen Bruchteil der Bürgerschaft darstellten, die ihrerseits als Gesamtheit im Kommunalverband körperchaftlich zusammengefaßt sei. Diese Argumentation orientiert sich an einem

Die Überordnung des Staates vermag sich *umfassend* auszuwirken, weil das personale Substrat von Staat und Gesellschaft identisch ist: Jedes Individuum ist — in je anderer Beziehung — Bürger beider Reiche, und zwar notwendig Bürger kraft seiner Geburt, nicht kraft eines willkürlichen Wahlaktes.

b) Die entscheidende Voraussetzung dafür, daß die Frage nach dem Subsidiaritätsprinzip als Norm des Handelns von Staat und Gesellschaft überhaupt gestellt werden kann, liegt darin, daß *gemeinsame Zuständigkeiten* vorhanden sind, bei deren Wahrnehmung ein Vorrang oder Nachrang zugewiesen werden kann, daß die Tätigkeiten der Instanzen sich gegenseitig ersetzen können, daß schlechthin eine *Vergleichsebene* zu erkennen ist. Es geht allein darum, von der inhaltlichen Qualität der Tätigkeiten zu abstrahieren und formale Kategorien zu gewinnen, um die materiale Rangfrage vorzubereiten, nicht aber vorwegzunehmen.

Verschiedene Gesichtspunkte müssen herangezogen werden, um die Frage zu beantworten, ob und wie weit die Akte von Staat und Gesellschaft wechselseitig kommensurabel sind:

- Haben Staat und Gesellschaft ein gemeinsames *Aufgabengebiet*? Wo die Tätigkeitsbereiche ausschließlich dem Staat oder den Privaten vorbehalten sind, entfällt a priori die Möglichkeit subsidiärer Übernahme der Tätigkeit. Die optimale Geltung des Subsidiaritätsprinzips wäre dann möglich, wenn beide Instanzen auf ihrer Ebene jeweils *universale Zuständigkeiten* besäßen.
- Zerstören die unterschiedlichen *Mittel* des Handelns — obrigkeitlicher Zwang, „schlichte“ Einwirkung, privatrechtliche Übereinkunft — nicht jedwedes *tertium comparationis*?
- Schafft die *Rechtsform* des öffentlichen oder privaten Rechts die jeweilige Vergleichsebene?
- Stellt das *Ziel* des Handelns — der öffentliche oder private Zweck — die Gleichartigkeit oder die Differenz her?

aa) Zunächst sei deshalb der *Text des Grundgesetzes* daraufhin untersucht, ob er Kriterien für die Vergleichbarkeit staatlicher und gesellschaftlicher Akte erkennen läßt und ob er ausdrücklich Gegenstände und Funktionen dem Staat oder den Privaten vorbehält.

naturrechtlichen Subsidiaritätsverständnis und nicht an den positiv-rechtlichen Prämissen.

Für eine verfassungsrechtliche Betrachtung kann es auch nicht ausschlaggebend sein, ob ein freier Verband tatsächlich mächtiger ist als die zuständige staatliche Einrichtung. Eine andere Frage ist jedoch die, ob nicht eine Intervention des Staates gerechtfertigt sei, wenn seine Selbstbehauptung und seine Autorität durch soziale Machtkonzentration gefährdet sind (vgl. *Krügers Untersuchung zum Staatsvorbehalt „unwiderstehlicher Gewalt“, Allgemeine Staatslehre, S. 513/516*).

a) Ein ausdrücklicher Funktionsvorbehalt findet sich in Art. 33 IV GG, wonach „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen werden muß. Zwar will die Norm ihrem Zweck nach das Berufsbeamtentum institutionell gewährleisten, aber mittelbar läßt sie erkennen, daß die hoheitsrechtlichen Befugnisse ausschließlich der Staatsgewalt im organisatorischen Sinne zukommen und grundsätzlich nicht auf Instanzen außerhalb des engsten Kontrollbereichs delegiert werden dürfen. Wie selbstverständlich dem Grundgesetz diese Feststellung ist, zeigt sich darin, daß es nur beiläufig dazu Stellung nimmt. Die Frage brauchte vom Bonner Verfassungsgeber nicht mehr selbständig entschieden zu werden, weil es zu den bereits vorweg entschiedenen Wesenszügen der modernen Staatsanbahn gehört, daß sie sich die hoheitsrechtlichen Befugnisse vorbehält und das „Monopol legitimer Gewaltsamkeit“ (Max Weber) ausübt³⁵. Die Ausübung von Zwang ist den Bürgern schlechthin untersagt. In den wenigen Fällen, in denen gewaltsame Selbsthilfe noch gestattet ist, darf diese nur eine vorläufige und subsidiäre sein (vgl. §§ 229, 230 BGB)³⁶.

Die „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ sind gekennzeichnet durch den Einsatz des staatlichen Imperiums im Obrigkeit-Untertanen-Verhältnis. Der Funktionsvorbehalt bezieht sich also auf ein Mittel des staatlichen Handelns, auf den spezifisch „obrigkeitlichen“ Zwang³⁷. Dieses Mittel ist

³⁵ Vgl. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Hbd., S. 1042/1046.

³⁶ Dieser Grundsatz wird auf den Kopf gestellt, wenn in BGHSt 13, 197 (202) unter Berufung auf das zwischen Staat und Familie bestehende Subsidiaritätsverhältnis gewaltsame Selbsthilfe (zeitweilige Einschließung eines geisteskranken Familienmitgliedes) gerechtfertigt wird. Die Kritik, die Sar (JZ 1959, 778/779) an der Entscheidung übt, ist im Ergebnis richtig, mißverständlich aber in der Begründung, die strafrechtlich sanktionierte Gemeinschaftswertordnung sei primär Angelegenheit des Staates, nur subsidiär Angelegenheit des Einzelnen. Nicht die Gemeinschaftswertordnung als solche, sondern ihre mit Gewalteinsatz erfolgende, „obrigkeitliche“ Durchsetzung fällt in den Staatsvorbehalt. Wenn Art. 2 II 2 und 104 GG jeden staatlichen Eingriff in die Freiheit der Person an strenge förmliche und sachliche Voraussetzungen binden, so lassen sie auch erkennen, daß dieses Grundrecht den Eingriffen Privater entzogen sein soll. s. auch o. § 17, FN 8.

Im übrigen kann auch das Widerstandsrecht des Einzelnen (Art. 20 IV GG) nur subsidiär ausgeübt werden, weil primär die Staatsorgane zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung berufen sind.

³⁷ Der *Parlamentarische Rat* verwarf bewußt die ursprüngliche Fassung, die den Berufsbeamten die „staatlichen und gemeindlichen Daueraufgaben“ vorbehalten wollte. „Das Betreiben eines Elektrizitätswerkes, eines Staatsbetriebs eines gemeindlichen Eigenbetriebs“ sollte nicht unter den Vorbehalt fallen (vgl. Rede des Abg. Wagner, JöR 1, 315/316). Der Vorschlag, auf die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ abzustellen, wurde vom Allgemeinen Redaktionsausschuß, der die endgültige Formulierung schuf, verworfen, weil der Begriff zu weit gehe; „hoheitsrechtliche Befugnisse i. e. S.“ würden ausgeübt, „wenn der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft als ‚Obrigkeit‘ tätig“ werde (JöR 1, 323).

zugleich nach der heute maßgeblichen Subjektionslehre das bestimmende Merkmal für die öffentlich-rechtliche Form der Tätigkeit. Das gilt selbst dort, wo nach dem Vorschlag Walter Jellineks auch „schlicht hoheitliches“ Handeln dem öffentlichen Recht zugeordnet wird, denn auch hier ist der Zusammenhang mit dem obrigkeitlichen Imperium maßgebend: nur wird dieses nicht aktuell eingesetzt, sondern bleibt nur potentiell einsetzbar; es bildet den Hintergrund der „pflegenden“ Staatstätigkeit und gibt dieser die hoheitliche Wirkung³⁸. Auch wenn der Polizeibeamte nur einen Rat oder eine Verwarnung erteilt, äußert er nicht eine unverbindliche, private Meinung, sondern gibt er zu erkennen, daß er den Bürger zu einem bestimmten Verhalten auch zwingen könnte, und handelt damit hoheitsrechtlich.

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG erfaßt jedoch nicht gegenständig umgrenzte Kompetenzen. Wo in der Verfassungsauslegung auch Kompetenzen zu den „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ gezählt werden, wird der Begriff erweitert und aus einem materiellen Verfassungsverständnis vom Mittel auf die Aufgabe geschlossen³⁹.

ß) Eine klare Abgrenzung der Aufgabenkreise sieht das Grundgesetz nur im staatlichen Innenverhältnis zwischen Bund und Ländern vor. Das Außenverhältnis wird dagegen von objektiven Staatsform- und Staats-

³⁸ Vgl. Jellinek, W., Verwaltungsrecht, S. 21/24; zusammenfassend Leisner, Öffentlichkeitsarbeit, S. 51/63, mit vielen Nachw. — Die „schlichte Hoheitsverwaltung“ wird ausdrücklich zu den „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ gerechnet von Plog-Wiedow (Komm. z. BBG, Neuwied 1966, § 4/3). Mennacher (Diss., S. 26) lehnt dagegen ab, die schlichten Hoheitstätigkeiten a priori dem Staat zuzurechnen.

³⁹ So scheidet Otto (ZBR 1956, 233) aus dem Begriff „hoheitsrechtliche Befugnisse“ zwar fiskalische und rein dienstinterne (vorbereitende, beratende) Tätigkeiten aus (S. 236/238), geht aber bei seiner positiven Begriffsbestimmung von einer „öffentlich-rechtlichen Legitimation“ aus und faßt alle Einrichtungen zur „Wahrung der allgemeinen Sicherheit des Staates“ und zur „Sicherung des öffentlichen Lebens“ (damit auch Bundesbahn und Bundespost) darunter (S. 238/242). Nach Maunz (M—D, Art. 33/33) muß der Begriff über die traditionelle Eingriffsverwaltung hinaus „dynamisch“ ausgelegt werden; er erwähnt in diesem Zusammenhang Daseinsvorsorge und Subventionen. Hamann (GG Art. 33/B 4) geht ebenfalls nicht vom Mittel des Eingriffs, sondern von einem Zweck aus und läßt alle Aufgabenbereiche, „die die Existenz des Volkes sichern sollen, also namentlich auch solche der gewährenden Verwaltung“, unter Art. 33 IV fallen.

Letztlich werden hier die Regelungen der Beamtengesetze, die weiter gefaßt sind als Art. 33 IV GG, in das Grundgesetz projiziert. So wird nach § 2 II BRRG i. d. F. vom 22. 10. 1965 (BGBl. I, S. 1754) die Berufung in das Beamtenverhältnis nicht nur zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben zugelassen, sondern auch solcher, „die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen“. In den Beamtengesetzen wird aber ausdrücklich das Tatbestandsmerkmal des Art. 33 IV GG um ein weiteres ergänzt. Das erste Tatbestandsmerkmal bezieht sich auf ein Mittel, das zweite auf einen Zweck. Dieser Überstieg in eine andere Kategorienebene kennzeichnet die heutige Unsicherheit in der Einordnung der Staatsakte.

zielbestimmungen (Demokratie, Rechts- und Sozialstaat) und subjektiven Grundrechten geregelt. Es fragt sich daher, ob diesen Normen mittelbar eine Ordnung ausschließlicher und konkurrierender Zuständigkeiten entnommen werden kann, vor allem aber, ob die bundesstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften Schlüsse auf die Kompetenz der Staatlichkeit schlechthin erlauben.

Da die Verfassung als normative Einheit zu verstehen ist⁴⁰, muß eine Zuständigkeit, die der Bund gegenüber den Ländern erhalten hat, in jeder Richtung wirksam sein, wenn die Verfassung nicht einen inneren Widerspruch aufweisen soll. Die Kompetenzen des Bundes bezeichnen also legitime Staatsaufgaben⁴¹. Es kann dem Art. 30 GG das Prinzip der staatlichen Universalität entnommen werden⁴².

Um Staatsvorbehalte zu begründen, die jede Privatinitiative ausschalten, bietet sich das Argument a fortiori aus Art. 74 GG an, dem Katalog der ausschließlichen Bundeszuständigkeiten: Wenn schon die Länder als staatliche Verbände ausgeschaltet werden sollten, müßten erst recht die Privaten ausscheiden. Doch werden in Art. 74 GG nur die Gesetzgebungsfunktionen abgegrenzt, nicht aber die Lebensbereiche, die der Ordnungsgewalt unterliegen. Ausschließliche Staatsvorbehalte können noch nicht einmal in den Fällen angenommen werden, in denen eine ausschließliche Verwaltungszuständigkeit die Gesetzgebungszuständigkeit ergänzt (vgl. Art. 87, 87 b, 87 d, 89, 90), denn auch hier werden dem Bund nur Funktionen vorbehalten, die nicht in vollem Umfang wesensmäßig staatlich sind⁴³.

7) Eine negative Grenze für die Staatsgewalt enthält das Verbot einer Staatskirche (Art. 140 GG mit Art. 137 I WRV). Hier wird ein institutionelles Übergreifen der öffentlichen Gewalt auf den sakralen Raum ver-

⁴⁰ Zum Postulat normativer Einheit der Verfassung vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 73.

⁴¹ In diesem Sinne folgert das BVerfG aus der Gesetzgebungskompetenz über die Wehrpflicht (Art. 73/1) auch die materielle Übereinstimmung der Wehrpflicht mit anderen Verfassungsbestimmungen, insbesondere den Grundrechten — BVerfGE 12, 45 (50, 52). Vgl. auch Lerche, AöR 90 (1965), 347.

⁴² BVerfGE 12, 205 (244) läßt zwar dahingestellt bleiben, ob Art. 30 GG jede Staatlichkeit schlechthin erfasse; jedenfalls falle unter diese Kompetenznorm die Betätigung des Staates, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben diene, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob Mittel des öffentlichen oder des privaten Rechts verwendet würden. Allerdings wird in diesem Zusammenhang nur auf die Bund-Länder-Relation abgestellt.

⁴³ Verwaltung wird auch nur durch den Einsatz obrigkeitlicher Gewalt zum spezifisch staatlichen Mittel. Die bürokratische Komponente der öffentlichen Verwaltung ist der privaten „Verwaltung“ nicht minder eigen. Vgl. Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, S. 623.

boten⁴⁴. Damit wird schlechthin die Säkularisierung des modernen Staates zum Ausdruck gebracht und der Staat auf weltliche Zwecke beschränkt⁴⁵.

Zu fragen bleibt, ob die Grundrechte, die dem Einzelnen einen status negativus verbürgen, bestimmte Lebensbereiche ausschließlich der privaten Zuständigkeit vorbehalten und jede staatliche Einwirkung ausschalten wollen⁴⁶. Jedoch scheidet eine solche Möglichkeit schon in den Fällen aus, in denen Gesetzesvorbehalte dem Staat erlauben, Inhalt und Schranken der Grundrechte zu bestimmen, oder in denen, wie in Art. 6 I GG, Rechtsinstitute dem Schutz der öffentlichen Gewalt anvertraut werden, der sie im übrigen weitgehend auch ihren Inhalt verdanken⁴⁷. Sogar die vorbehaltlosen Grundrechte enthalten nicht notwendig ausschließliche Zuständigkeiten ihrer Träger. Wenn etwa der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III) der Gesetzesvorbehalt fehlt, so hat der Gesetzgeber doch die Kompetenz, die wissenschaftliche Forschung zu fördern (Art. 74/13)⁴⁸.

δ) So unergiebig der Verfassungstext für den Versuch ist, ausschließliche Vorbehalte aufzuweisen, so aufschlußreich ist er für die Feststellung, daß bestimmte Aufgaben sowohl vom Staat als auch von Privaten wahrgenommen werden können, daß zumindest potentiell Konkurrenzbeziehungen gegeben sind. Das Berufsleben erscheint unter dem doppelten Aspekt des freien Berufs (Art. 12 I) und des öffentlichen Dienstes (Art. 33) sowie der öffentlichen Dienstleistungspflicht (Art. 12 II). Neben dem Privateigentum (Art. 14 I) stehen das Gemeineigentum und die sonstigen Erscheinungen der Gemeinwirtschaft (Art. 15, 74/15) sowie das allgemeine staatliche Vermögen (vgl. Art. 134, 135). Die einschlußweise für zulässig erklärten Finanzmonopole (Art. 105 I, 108 I 1) entziehen den Trägern der grundrechtlichen Eigentums- und Berufsfreiheit Lebenssachverhalte, die ihnen wesensmäßig zugänglich sind. Die Sozialversicherung (Art. 74/12,

⁴⁴ Zu Art. 137 I WRV vgl. *Anschtütz*, Kommentar, Art. 137/1. Zum neueren „positiven“ Verständnis: *Hesse*, K., JöR nF 10 (1961), 22/28; *Mikat*, GR IV/1, S. 126/147; *Grundmann*, JZ 1966, 81/86; *Link*, Ch., Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der „Staatskirche“, BayVBl., 1966, 297 (301). — Kritisch: *Obermayer*, DÖV 1967, 11/13.

⁴⁵ Zur Beschränkung der staatlichen Allzuständigkeit auf weltliche Zwecke: *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, 1. Bd., S. 40, 85 und passim; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 32/53.

⁴⁶ Grundrechte des status positivus setzen notwendig einen Leistungsauftrag des Staates für den jeweiligen Sachbereich voraus. Grundrechte des status activus gründen in mitgliedhaften Beziehungen. Zur Ausgrenzung von Kompetenzen sind beide Grundrechtstypen von vornherein ungeeignet.

⁴⁷ Zur Auffüllung der Institutsgarantien aus niederrangigem Gesetzesrecht: Einrichtungsgewährleistungen als Gegenstand gesetzlicher Ausgestaltung: *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 126/233; *Leisner*, Verfassungsmäßigkeit, S. 48/52.

⁴⁸ Daß die — vorbehaltlose — Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) nicht radikale Distanzierung des Staates von der Kunst bedeutet und staatliche Kunstpflege nicht ausschließt, stellt zutreffend *Knies* fest (Schranken, S. 205/213).

87 II) läßt schon im Begriff das Gegenstück einer privatwirtschaftlichen Versicherung erkennen. Vollends zeigen Art. 6 II, III und Art. 7, daß familiäre und staatliche Kindererziehung, privates und öffentliches Schulwesen nach den Vorstellungen des Grundgesetzes in bestimmtem Umfang gegenseitig substituionsfähig sind.

bb) Die angewendete Methode wäre überfordert, wollte man erwarten, die Auflösung der Implikationen des Verfassungstextes könnte mehr als punktuelle Einsichten vermitteln und auf ein geschlossenes System führen. Vielmehr erfordert die sachgerechte Lösung den Rückgriff auf das *materielle Verfassungsrecht*.

a) Das bedeutet jedoch nicht den Rückgang auf eine abstrakte Lehre vom Staat als solchem, sondern auf die konkreten Vorstellungen über die gegenwärtige Ordnung der politischen Gemeinschaft. Obwohl die Frage, in welchem Maße sich Staat und Gesellschaft als gleichartige Konkurrenten begegnen, grundlegende Bedeutung unter den verschiedensten Gesichtspunkten aufweist⁴⁹, wird ihr im öffentlich-rechtlichen Schrifttum wenig Aufmerksamkeit zugewendet. Sogar die Lehre von den *Staatszwecken*, der wichtigste Aspekt der Frage, findet nur geringes wissenschaftliches Interesse; das gilt auch von der modernen Staatstheorie, obwohl die Staatszwecklehre bis zu den Tagen Georg Jellineks ihren Platz unter den zentralen Gegenständen der Allgemeinen Staatslehre behauptet hatte⁵⁰.

⁴⁹ Außer der Frage der Subsidiarität seien nur genannt die Grundrechtsgeltung, die Grundrechtsbindung und die „Privatautonomie“ des Fiskus (s. u. §§ 42/45).

⁵⁰ Die Lehre von den Staatszwecken hat einen doppelten Aspekt als Lehre von der *Rechtfertigung* und von den *Aufgaben* der öffentlichen Gewalt. In diesem Zusammenhang kommt es nur auf den zweiten Gesichtspunkt an. Es geht dabei notwendig um *relative Zwecke* im Sinne Georg Jellineks, solcher also, die aus dem „jeweiligen Bewußtseinsinhalt eines Volkes und einer Zeit“ zu nehmen sind (Allgemeine Staatslehre, S. 249).

Die Problematik der Staatszwecklehre wird in der neueren Literatur monographisch gewürdigt bei Hug. Die Theorien vom Staatszweck, und *Hespe*, Die Entwicklung der deutschen Staatszwecklehre (bes. S. 67/76). In der jüngeren Allgemeinen Staatslehre wird eine Staatszwecktheorie insbesondere bei Ernst von Hippel und Herbert Krüger entworfen. Während von Hippel gegen die These von der Allzuständigkeit des Staates zu Felde zieht und aus der „moralischen und objektiven Weltordnung“ ein Verfassungsideal ableitet, das den Staat auf den Bereich des Politischen beschränkt (vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 240/252; im übrigen s. o. § 28), entwickelt Krüger seine Auffassung auf dem Boden des „Modernen Staates“, dessen Strukturen weithin mit der heutigen Verfassungswirklichkeit übereinstimmen (vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 103/112, 759/817).

In der staatsrechtlichen Literatur, die zu der Frage ausschließlicher oder konkurrierender Staatsaufgaben Stellung nimmt, sind drei Grundpositionen zu erkennen:

a) Es wird dem Staat kein allgemeiner Aufgabenbereich, welcher der Initiative der privaten Verbände unzugänglich wäre, zuerkannt. So Evers, Der Staat 3, 1964, 56.

β) Ein Grund für diese Entwicklung mag darin liegen, daß die Frage müßig erscheint, solange die Allzuständigkeit des Staates nicht bestritten wird. Jedoch, selbst wenn man angesichts der Allzuständigkeit die Frage nach einem Reservat spezifisch privater Aufgaben für müßig hält — in einem nichttotalitären Gemeinwesen keineswegs eine Selbstverständlichkeit —, so sagt die Allzuständigkeit nichts aus über die Existenz und über die Abgrenzung ausschließlicher Staatsaufgaben, eine Unterscheidung, die erst innerhalb der staatlichen (Universal-)Kompetenz getroffen werden kann. Diese Unterscheidung ist wichtig für den Umfang der Grundrechtsgeltung, weil notwendige Staatsvorbehalte nicht Gegenstand grundrechtlicher Betätigung der Individuen sein können, Staatsvorbehalte und Grundrechte sich also wechselseitig ausschließen⁵¹.

Aufschlußreicher für die Vernachlässigung einer Lehre von den Staatsaufgaben ist der Umstand, daß die wissenschaftliche Betrachtung sich wesentlich auf die *Formen des Staatshandelns* beschränkt und daß diese Formen den Blick auf die *Zwecke*, die hinter ihnen stehen, verstellen. Die *Formtypik* des öffentlichen Rechts ist vom obrigkeitlichen Zwang und seiner Ausübung im „Eingriff“ her entwickelt worden. Maßstab ist also das Mittel des staatlichen Handelns, und zwar nur das spezifische, nicht aber das einzige⁵². Die Erscheinungsformen des Eingriffs sind das allgemeine Gesetz und — als individualbezogene Exekutivmaßnahmen — der Verwaltungsakt und der Steuerbescheid. Diese Begriffe können jedoch nicht als lediglich formale Kategorien und rechtstechnische Instrumente zu beliebigen Zwecken gedeutet werden⁵³. Vielmehr bilden die Form-

- b) Es wird ausschließlich auf das spezifisch staatliche Mittel der obrigkeitlichen Gewalt abgestellt und der Zuständigkeitsvorbehalt vom notwendigen Einsatz des Mittels her bestimmt. So *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 60 ff., 78/81; *Zeidler*, AöR 86 (1961), 398; *Klein*, H., DÖV 1965, 758; *Mennacher*, Diss., S. 25/26; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 14/19.
- c) Es wird aus allgemeinen Kriterien, insbesondere den Zwecken des sozialen Rechtsstaates, ein Aufgabenkatalog entworfen. Die bloße Sicht von den Rechtsformen und vom Mittel her wird zugunsten einer zweckgerichteten Betrachtung verworfen. So *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 91/108; *ders.*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 22/27; *ders.*, DÖV 1966, 628/633.

⁵¹ Der Ausschluß des Grundrechtsschutzes für Tätigkeiten, die dem Staat wesensmäßig vorbehalten sind, ist unbestritten: vgl. *BVerfGE* 7, 377 (397/398); *Schick*, DÖV 1962, 932; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 16; *Rupp*, Privateigentum, S. 9, 16/17, 22/23 und passim. Die Grundrechte des status activus bleiben in diesem Zusammenhang außer Betracht.

⁵² Vgl. *Max Weber* (FN 35), S. 1043: „Gewaltsamkeit ist nicht etwa das normale oder einzige Mittel des Staates . . . wohl aber: das ihm spezifische.“

⁵³ Nach *Forsthoff* erschöpft sich der Rechtsstaat in Technizität und Verfahren. Vgl. *VVDStRL* 12, 1954, S. 16/17, 31 und passim; Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 147/175; Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S. 24/28 und passim; Der Staat 2, 1963, bes. 386/397. — Kritik aus der Sicht einer materialen Rechtsstaatsvorstellung üben *Hollerbach* (AöR 85, 1960, S. 241/267) und *Badura* (DÖV 1966, 632/633). Zum Wesen des Rechtsstaats s. u. § 56.

typen des rechtsstaatlichen Handelns den Ausdruck einer konkreten Ordnung und haben selbst am materialen Charakter der Verfassung teil, die sie hervorgebracht hat. Es war die Verfassung des *bürgerlichen Rechtsstaates*, die den obrigkeitlichen Staat der autarken Gesellschaft gegenüberstellte und „Eingriffe“ in Freiheit und Eigentum der Bürger nur dazu erlaubte, um eine gesetzliche Rahmenordnung zur Sicherstellung der individuellen Freiheit zu schaffen und um die zur staatlichen Selbsterhaltung notwendigen Abgaben zu erheben. Diese liberalen Staatszwecke fanden im rechtsstaatlichen Formenkanon ihre angemessene institutionelle Gestalt⁵⁴. Solange die Grundlage des Formenkanons Bestand hatte und Zweck und Form harmonisierten, konnte die positivistische Rechtslehre unbedenklich die Rechtsformen von den Zwecken abstrahieren, sich darauf beschränken, die immanenten logischen Strukturen der Begriffe zu erfassen und sogar als Abweg verurteilen, „die schwierige und strenge Untersuchung der logischen Elemente, aus denen sich der Begriff eines Rechtsinstitutes komponiert, mit einer Spekulation über seinen Nutzen oder seine Notwendigkeit zu vertauschen“ (Laband)⁵⁵.

7) Die Voraussetzung dieser juristischen Sichtweise ist aber entfallen, seit der *bürgerliche* Rechtsstaat in den *sozialen* Rechtsstaat übergegangen ist. Das Grundgesetz hat mit der Sozialstaatsklausel (Art. 20 I, 28 I) den Strukturwandel sanktioniert und die Herausforderung angenommen, welche die gesellschaftliche Wirklichkeit ihm stellt⁵⁶. Der Wohlfahrtszweck ist im dialektischen Prozeß der Geschichte aus der Verbannung zurückgekehrt, die der Liberalismus über ihn verhängt hatte.

Mit der Übernahme der Verantwortung für die gerechte Ordnung der Gesellschaft hat der Staat ihre Autarkie aufgehoben. Solange wie er nur Rahmenordnungen für die individuelle Freiheit geschaffen hatte, konnte er sich damit begnügen, auf die formale, schematische Gleichheit der gesetzlichen Tatbestände und die Gleichheit vor diesem Gesetz abzustellen. Nunmehr, da er das soziale Mandat übernommen hat, muß er durch die formale Gleichheit der Norm zur materialen Ungleichheit der Realität vorstoßen. Der Rechtsstaat sieht allein auf die Gleichheit der *Chancen*, der Sozialstaat blickt dagegen auf die *Aktualisierung* dieser Chancen. Die materiale Gleichheit der Individuen erscheint als Gerechtigkeitsideal, an dem die soziale Wirklichkeit in ihren Spannungen ge-

⁵⁴ Vgl. Badura, Verwaltungsrecht (FN 50), S. 5/12. und Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, S. 51/59. Zum Eingriffsdenken grundsätzlich: Häberle (FN 47), S. 42/178.

⁵⁵ Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, S. 63, Leitgedanke Labands ist die These: „Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffes“ (ebda.). In die gleiche Richtung geht die Auffassung Kelsens (Allgemeine Staatslehre, S. 39/44), das Staatsrecht habe nicht nach den Zwecken des Staates zu fragen, da dies ein metarechtliches Problem sei.

⁵⁶ Zu den soziologischen Voraussetzungen des Sozialstaates s. o. § 26.

messen wird. Der eigentliche Inhalt des Sozialgestaltungsauftrags liegt darin, die gesellschaftliche Wirklichkeit dem Ideal anzunähern. So schwierig es auch ist, Inhalt und Geltungsweise der Verfassungsklausel zu bestimmen, so eindeutig ist ihre Bedeutung als „Staatszielbestimmung“⁵⁷ und als verfassungsrechtliche Ermächtigung zu gesellschaftspolitischem Handeln⁵⁸.

Diese Ermächtigung umschreibt einen Kreis konkurrierender Staatsaufgaben: Staatliche Sozialpolitik und gesellschaftliche Selbstregulierung stehen nebeneinander. Damit ist jene gegenständliche Gemeinsamkeit und wechselseitige Nähe gegeben, die eine klare Rangordnung ermöglicht und einen Ansatz für die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips enthält. In den sozialstaatlichen Interventionen erschöpft sich zwar keineswegs das Repertoire der konkurrierenden Staatsakte⁵⁹, wohl aber wirkt sich in ihnen am stärksten die staatliche Dynamik aus⁶⁰. Damit ist hier auch in besonderem Maße das Bedürfnis nach einer normativen Kompetenzschränke entstanden.

cc) Während die zielbestimmten Aufgaben der Sozialstaatlichkeit Schwerpunkte der konkurrierenden Staatstätigkeit darstellen, sind die mittelbestimmten Aufgaben des obrigkeitlichen Handelns Erscheinungsformen der ausschließlichen Staatstätigkeit. Allerdings fällt eine Aufgabe nicht schon dadurch unter den notwendigen Staatsvorbehalt, daß der Staat sie mit obrigkeitlichen Mitteln wahrnimmt. Wäre das der Fall, stünde es in seinem Belieben, durch den Einsatz des Imperiums Private aus allen Lebensbereichen auszuschalten und den Grundrechtsschutz gegenstandslos zu machen. Eine solche dezisionistische Feststellung der Staatsaufgaben durch den Staat selbst⁶¹ widerspricht dem normativen

⁵⁷ Ipsen, Über das Grundgesetz, S. 14 und VVDStRL 10 (1952), S. 85. — Grundsätzlich zur Sozialstaatsklausel mit weit. Nachw. s. u. § 40.

⁵⁸ Besonders deutlich Bachof (VVDStRL 12, 1954, 43); „Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung“. Weit. Nachw. s. u. § 40.

⁵⁹ Genannt seien nur die Bildungs- und Kulturpolitik. S. auch die Beispiele aus dem Text des Grundgesetzes o. aa).

⁶⁰ Vgl. dazu Menger, DVBl. 1960, 30.

⁶¹ Diese Auffassung vertritt wohl auch Herbert Krüger nicht, wenn er fordert, der Staat müsse sich nach den Erfordernissen der jeweiligen Lage jeden Zweck setzen dürfen, könne sich nicht abstrakt auf bestimmte Zwecke festlegen oder bestimmte Aufgaben aus dem Kreis seiner Tätigkeiten ausschließen (FN 50, S. 760); vgl. dazu auch Die öffentlichen Massenmedien, S. 86. Krügers Aussagen betreffen den noch nicht verfaßten Staat der Allgemeinen Staatslehre, nicht aber die verfassungsmäßigen Staatsorgane (vgl. Leisner, FN 50, S. 16). Letztlich verwirft Krüger nur die Möglichkeit von absoluten Staatszwecken.

Dagegen enthüllt sich der Dezisionismus, wenn Herzog (EvStL Sp. 159) die Verstaatlichung von Berufen nicht am Grundrecht des Art. 12 I GG messen will, sondern dem Staat die qualitativ unbeschränkte Entscheidung über seine Tätigkeitsgebiete („Kompetenz-Kompetenz“) einräumt.

Geltungswillen des Grundgesetzes, der insbesondere für die Grundrechte mit aller Schärfe zum Ausdruck gebracht worden ist (Art. 1 III GG). Der Einsatz obrigkeitlicher Mittel macht eine Kompetenz erst dann zu einer notwendig staatlichen, wenn ihre Wahrnehmung den Einsatz zwingend erfordert, wenn die Aufgabe mit dem hoheitlichen Imperium unlösbar verbunden ist⁶². Unter dieser Voraussetzung sind die Machtinstrumente zur Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit, das Militär- und Polizeiwesen, dem spezifisch staatlichen Bereich zuzurechnen⁶³. Wenn auch Bedenken dagegen bestehen, die Gerichtsbarkeit schlechthin unter diesem Gesichtspunkt zu den notwendig staatlichen Kompetenzen zu zählen⁶⁴, so sind jedenfalls alle gerichtlichen Entscheidungs- und Vollstreckungsfunktionen dazu zu rechnen, die geeignet sind, den Willen des Einzelnen gewaltsam einem Gebot zu unterwerfen und jede Form von Selbsthilfe oder Privatrache auszuschalten. Im Steuerstaat gehört auch die Abgabenerzielung zu den spezifischen Staatszwecken. Mit Herbert Krüger kann schließlich über den engeren Begriff des obrigkeitlichen Zwangs jede Form von unwiderstehlicher Gewalt dem staatlichen Bereich zugerechnet werden⁶⁵; jede private Gewalt, die den staatlichen Vorbehalt

⁶² Vogel (FN 50, S. 60 ff., 78, 81) hält nur die obrigkeitlichen Maßnahmen für spezifisch staatlich (ablehnend Rupp, Privateigentum, S. 20/21, Anm. 36). Das Merkmal des zwingenden Erfordernisses hebt Leisner (FN 50, S. 17) hervor. Schick (DÖV 1962, S. 932) stellt darauf ab, daß die Funktionen mit der Stellung des Staates als Ordnungsgaranten so eng zusammenhängen, daß der zumindest potentielle Einsatz staatlicher Machtmittel von ihnen nicht getrennt werden kann. — Für Fleiner (Institutionen, 8. A., S. 341/342) fällt die Handhabung öffentlicher Zwangsgewalt in die „Stammlande des staatlichen Ausschließungsrechts“.

⁶³ Vgl. Schick, DÖV 1962, 932; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 91/95; Krüger, FN 50, S. 768/770.

⁶⁴ Die Rechtspflege wird überwiegend als wesentliche Staatsaufgabe anerkannt — so von BVerfGE 17, 371 (379); Krüger, FN 50, S. 769; Schick, DÖV 1962, 932; wesentlich differenzierender aber Baur, JZ 1965, 163/165.

Würde die Auffassung ohne Einschränkung anerkannt werden, bliebe kein Raum für private Verbands- oder Schiedsgerichtsbarkeit. Ausschließlich staatlich können nur die gerichtlichen Befugnisse sein, letztverbindliche, vollstreckbare Entscheidungen zu treffen und die Vollstreckung durchzuführen.

⁶⁵ Nach Krüger zählen zum Staatsvorbehalt der Bildung und Innehabung unwiderstehlicher Macht vor allem Militärwesen, Gesetzgebung, Rechtspflege, die Darbietung öffentlicher Sachen und Posten, die Beherrschung der Massenmedien und (möglicherweise) auch die Besetzung wirtschaftlicher Schlüsselpositionen (FN 50, S. 768/771; vgl. auch S. 513/516; Der Rundfunk, S. 47/59). Jedoch müssen wesentliche Abstriche gemacht werden: Die öffentlichen Massenmedien sind zwar psychische Machtinstrumente ersten Ranges, aber damit nicht der grundrechtlichen Freiheit entzogen. Das Fernsehurteil (BVerfGE 12, 205 ff.) verbietet zwar das einseitige gesellschaftliche Monopol und fordert die Neutralisierung, wo Wettbewerb nicht möglich ist, aber es verbietet auch die Verstaatlichung. Die mögliche Präsenz des Staates in der Wirtschaft macht dieses Gebiet nicht zu einem Staatsvorbehalt. In einem liberalen Gemeinwesen liegt der ökonomische Sektor außerhalb des staatlichen Hausgutes. Die unerläßlichen Interventionen des Staates könnten überdies auch mit obrigkeitlichen Mitteln erfolgen (vgl. Leisner, FN 50, S. 19).

in Frage stellen oder verdrängen könnte, ist damit unzulässig, etwa private para-militärische Macht oder Betriebsjustiz mit angemessener Vollstreckungsgewalt⁶⁶.

Weiter gehören zum staatlichen Funktionsvorbehalte alle die Aufgaben, die nach heutigen Vorstellungen *notwendig einheitlicher verbindlicher Entscheidung* bedürfen. Die Notwendigkeit erwächst aus den geschichtlichen Bedingungen des heutigen Gemeinwesens; sie steht nicht zur freien Disposition der Staatsorgane. Zu den Aufgaben zählen etwa die Festlegung der Maße und Gewichte, das Münzregal und die Währungshoheit und das öffentliche Beurkundungswesen⁶⁷. Die Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben fällt dagegen in einem nichtmarxistischen Gemeinwesen nicht unter den Funktionsvorbehalt⁶⁸. Die Natur der Sache läßt überdies alle jene Akte als wesentlich staatlich erscheinen, die der Selbstdarstellung des Staates nach außen (Außenpolitik) oder nach innen dienen. Eine Repräsentation nach innen ist insbesondere in einer sachgerechten Öffentlichkeitsarbeit gegeben⁶⁹.

In allen diesen (keineswegs abschließend aufgeführten und systematisierten) Fällen ist nach dem materiellen Verfassungsverständnis jede private Initiative ausgeschlossen; die Grundrechte stoßen nicht in diesen Bereich vor⁷⁰. Es ist deshalb auch mißverständlich, von Monopolen der öffentlichen Gewalt zu sprechen, da Monopole der öffentlichen Hand wesensmäßig Tätigkeiten erfassen, die von Privaten nachahmbar sind, die sich, wenigstens hypothetisch, zugunsten eines privaten Wettbewerbs auflösen lassen⁷¹.

⁶⁶ Vgl. dazu Sax, JZ 1959, 779/780; Baur, JZ 1965, 163/167.

⁶⁷ Zum Beurkundungswesen: BVerfGE 17, 371 (379); zu den Maßen und Gewichten: Krüger, FN 50, S. 771; zur Währungshoheit (dem einzig umstrittenen Punkt): Badura, Verwaltungsmonopol, S. 95/108 mit Nachw.

⁶⁸ Die Gegenauffassung vertritt allein Krüger, FN 50, S. 770/771. s. auch o. FN 65.

⁶⁹ Dazu Leisner, Öffentlichkeitsarbeit, bes. S. 151.

⁷⁰ Dazu o. FN 51.

⁷¹ Der Begriff des Verwaltungs- oder Finanzmonopols wird heute gegenüber dem spezifisch staatlichen Aufgabenkreis dadurch abgegrenzt, daß es sich auf Tätigkeiten beziehe, die an sich auch Privaten offen stehen, die „an sich vermöge der allgemeinen Gewerbefreiheit und Eigentumsfreiheit zugänglich wären, hätte sie nicht der Staat ausdrücklich der privaten Machtsphäre entzogen und der staatlichen Kompetenz zugeschrieben“ (Fleiner, Institutionen, 2. A., S. 301). Staatsvorbehalt und staatliches Monopol schließen sich also gegenseitig aus. So auch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 434; Badura, FN 67, S. 91/92; Schick, DÖV 1962, 932; Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 41; Krüger, Die öffentlichen Massenmedien, S. 33.

Der Monopolbegriff wird für die wesentlichen Staatsaufgaben abgelehnt von Krüger, FN 50, S. 771/772; dems., Massenmedien, S. 33; Schick, a.a.O. Max Webers Terminologie („Monopol legitimer Gewaltamkeit“ (s. o. FN 18) liegt auf einer anderen Ebene; es geht nicht um die aktuell rechtliche, sondern um die soziologische und historische Erfassung des Staatsphänomens.

Kennzeichnenderweise waren die notwendigen Staatsvorbehalte auch im System des bürgerlichen Rechtsstaates anerkannt — sie sind auf den (einzig legitimen) liberalen Staatszweck bezogen: auf die Ordnung rechtlich ausgegrenzter Freiheiten, auf das „Rechtsprinzip“⁷².

a) Umschreiben die konkurrierenden Staatsaufgaben den Bereich, innerhalb dessen die Geltung des Subsidiaritätsprinzips denkbar ist, seinem gegenständlichen Umfang nach, so kann die Tiefe dieses Bereichs, das Maß der Konkurrenz, nur von den Mitteln her erschlossen werden, mit denen der Staat auf die Gewaltunterworfenen einwirken kann. Nach der Intensität der staatlichen Einwirkung lassen sich drei Typen konkurrierender Staatstätigkeit erkennen (ohne daß damit die Mischformen und Übergänge erfaßt werden sollen):

(1) Der Staat darf im Dienst des Gemeinwohls *nur mit obrigkeitlichen Mitteln* regelnd tätig werden. Eine *Teilhabe* an den Lebensfunktionen, die seiner Regelungsgewalt unterliegen, ist ihm versagt. Diese Kompetenz, der individuellen Freiheit lediglich einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, gehört zu den klassischen Funktionen des liberalen Rechtsstaats. So kann der Staat wohl ein gesetzliches Eherecht schaffen, nicht jedoch selbst heiraten⁷³. Die Kindererziehung dagegen kann auch von der öffentlichen Gewalt ausgeübt werden (arg. Art. 6 III).

(2) Der Staat darf *mit allen Mitteln*, die ihm zur Verfügung stehen, einen Lebensbereich gestalten, muß jedoch immer die Leitbilder des staatlichen Gemeinwohls beachten. Die Skala der Mittel reicht von der obrigkeitlichen Reglementierung über die konkurrierende *Teilhabe* bis zur völligen Verstaatlichung der Tätigkeiten. So kann der Staat einen Wirtschaftszweig mit Gesetzen lenken, kann sich selbst als Unternehmer auf diesem Gebiet betätigen und kann schließlich alle Funktionen auf ein Monopol überleiten. Das Grundgesetz läßt mit je unterschiedlichem Akzent diese Möglichkeiten im Erziehungswesen und im ökonomischen Bereich erkennen. Die bedeutendsten Erscheinungsformen stellen die sozialstaatlichen Interventionen dar. Obrigkeitliche, schlichthoheitliche und verwaltungsprivatrechtliche Maßnahmen zählen zu dieser Fallgruppe.

⁷² Der Gegenschluß, schlechthin alle Tätigkeiten, die das Rechtsprinzip verwirklichen sollen, für wesentlich staatlich zu erklären, ist allerdings unzulässig. Denn im freiheitlichen Gemeinwesen sind auch die Individuen auf den Ordnungszweck verpflichtet; sie tragen durch staatsbürgerliche Loyalität dazu bei, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten, und ihnen bieten Privatautonomie und Meinungsfreiheit die Grundlage dazu, die öffentliche Ordnung umzugestalten (mißverständlich dazu Sax, JZ 1959, 779).

Zu den liberalen Staatszwecken und ihrem Bezug zum Subsidiaritätsprinzip s. o. §§ 9/13.

⁷³ Vogel (FN 50, S. 78) führt ausdrücklich die Heirat als eine der Tathandlungen auf, die dem Staat verschlossen ist.

(3) Der Staat nimmt nur die privatrechtlichen Mittel wahr, die auch der Einzelne einsetzen kann, und läßt sich nur von privatnützigen erwerbswirtschaftlichen Motiven leiten⁷⁴. Es besteht weder im Gegenstand noch in der Form noch in der Zielsetzung ein Unterschied zum Handeln Privater. Das klassische Beispiel stellt die eigentlich *fiskalische* Staats-tätigkeit dar.

Aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips bestehen wesentliche Unterschiede zwischen den drei Fallgruppen.

Zu (1): Die Beschränkung des Staates auf eine obrigkeitliche Rahmenkompetenz entzieht dem (elastischen) Subsidiaritätsprinzip nicht jede Anwendungsmöglichkeit. In diesem Bereich stehen sich gesellschaftliche Selbstregulierung und staatliche Fremdregulierung gegenüber. So entwickelt sich unter dem staatlichen Schuldrecht das in der Privatautonomie gründende individuelle Vertragsrecht, das sich bis zur überindividuellen Höhe eines „selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft“ auswachsen kann. Eine übermäßige staatliche Reglementierung könnte die Privatautonomie in einem Netz heteronomer Vorschriften ersticken lassen.

Trotzdem bleibt dem Subsidiaritätsprinzip nur eine geringe Wirkungsmöglichkeit. Die völlige Verstaatlichung der wesentlichen Institute des Privatrechts (Vertragsfreiheit, Eigentum, Ehe und Testierfreiheit) ist ausgeschlossen⁷⁵. Die Fragestellung des Subsidiaritätsprinzips verengt sich darauf, ob die Regelung an sich notwendig und verhältnismäßig ist, und fällt daher wesentlich mit der des Übermaßverbotes zusammen⁷⁶. Dieser Problemkreis kann folglich im Rahmen dieser Arbeit zurücktreten.

Zu (2): Zur vollen Geltung kann das Subsidiaritätsprinzip jedoch dort gelangen, wo das ganze Repertoire der staatlichen Mittel eingesetzt werden kann. Es wird erneut deutlich, daß in den sozialen Zwecken des Staates der eigentliche Horizont des Subsidiaritätsproblems umschrieben ist: Hier herrscht jene rechtliche Nähe zwischen den Aufgabenträgern, die ein Übergleiten der Aufgaben ermöglicht, im Gegensatz zu jener Distanz von Staat und Gesellschaft, die in den klassischen Bereichen des Rechtsstaats herrscht, wo die obrigkeitliche Gewalt Abstand gebietet.

Zu (3): Im eigentlich erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Bereich ist die Gleichartigkeit der Tätigkeiten und Motivationen vollständig hergestellt,

⁷⁴ Wenn die Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben zu interventionistischen Zwecken erfolgt, liegt ein Fall der zweiten Kategorie vor (Verwaltungsprivatrecht).

⁷⁵ Das folgt aus den Einrichtungsgarantien der Verfassung (Art. 2 I, 14 I, 6 I, II GG).

⁷⁶ Die parallele Problematik enthält das Bund-Länder-Verhältnis, das die unitarische Gesetzesentscheidung durch den Bund und die spontane Parallelschaltung der Länder als Formeln einer Regelung kennt (dazu s. u. § 49).

aber gerade dadurch ist auch jeder Ansatz für eine subsidiäre Ordnung beseitigt. Hier tritt der Staat in den Wettbewerb zur Privatwirtschaft. Er begibt sich zu ihr auf die gleiche Ebene. Die staatliche Brauerei, die nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten geleitet wird, will ihre Konkurrenten aus dem Felde schlagen und den größtmöglichen Gewinn erzielen; das Ziel, auf diesem Wirtschaftssektor eine ergänzende Rolle zu übernehmen, ist damit unvereinbar. Das eigentlich fiskalische Handeln wird geprägt von der Rivalität; das subsidiäre Handeln setzt Homogenität, Ausrichtung wenigstens einer (der höheren) Instanz am übergreifenden Gemeinwohl voraus, das von verschiedener Stufe aus anzustreben ist⁷⁷. Trotzdem kann das erwerbswirtschaftliche Handeln des Fiskus, hinter dem die überlegene Steuerkraft steht, zu einer „kalten Sozialisierung“ führen — einer Sozialisierung allerdings nicht aus marxistisch interpretierten Gemeinwohlinteressen, sondern aus kapitalistischer Betriebsraison der Fiskalunternehmen. Das fiskalische Handeln ist für das Subsidiaritätsprinzip also relevant, wenn es auch nicht in seine Ordnung einbezogen werden kann. Bedeutsam sind daher nur die äußeren Grenzen, die dem Erwerbsstreben des Fiskus gezogen sind.

β) Die konkurrierenden Staatsaufgaben bezeichnen die Gemeinsamkeit des staatlichen und gesellschaftlichen Handelns nur dem Gegenstande nach. Entfällt die Gemeinsamkeit, wenn man auf die jeweilige *Zielsetzung* abstellt, da das staatliche Handeln — anders als das private — notwendig auf das Gemeinwohl ausgerichtet ist? Wird das staatliche Handeln damit schlechthin zur unvergleichbaren Größe⁷⁸? Die Frage läßt sich nicht mit der paläoliberalen Utopie verneinen, daß das Gemeinwohl sich als die Summe aller egoistischen Einzelakte automatisch herstelle; die Sozialstaatsklausel läßt erkennen, daß dem Grundgesetz dieser Optimismus fremd ist. Allerdings läßt sich der Verfassung, die von grundsätzlichem Mißtrauen gegen die öffentliche Gewalt geprägt ist, auch nicht die herkömmliche sozialistische Vorstellung entnehmen, daß allein der Staat das öffentliche Interesse wahrnehmen könne. Wenn der Staat verpflichtet ist, sich am *bonum commune* auszurichten, so ist diese Haltung als Akt freiwilliger Uneigennützigkeit auch den gesellschaftlichen Kräften nicht verwehrt⁷⁹. Soweit Private gemeinnützige Aufgaben erfüllen, liegt der

⁷⁷ Bereits diese Differenzierung läßt erkennen, daß die Fragestellung dieser Arbeit auf völlig anderer Ebene liegt als der des *Wettbewerbsrechts*. Die wirtschaftsrechtlichen Maßstäbe, wie sie etwa das UWG oder das GWB enthalten, liefern keine (zumindest keine unmittelbaren) Aufschlüsse für die Lösung des verfassungsrechtlichen Zuordnungsproblems. — Den Nachweis, daß „Wettbewerbs“-Kategorien die staatliche Unternehmertätigkeit nicht erfassen können, daß staatliche Interventionen und Wettbewerb sich wesensnotwendig ausschließen, führt *Krüger* (Die öffentlichen Massenmedien, bes. S. 75/87).

⁷⁸ Diese These klingt bei *Krüger* an (FN 50, S. 327, 763/766, 897 und passim; FN 77, S. 86; *Der Rundfunk*, S. 52).

⁷⁹ Dazu grundlegend: *Peters*, Festschrift für *Nipperdey* II, S. 879; *Vogel*

Unterschied zum Staat nicht im Ziel des Handelns (dem *bonum commune*), sondern in der Freiwilligkeit der Übernahme und in der fehlenden Garantie der Stetigkeit⁸⁰.

Wesentlicher ist darüber hinaus, daß auch die eigennützige Tätigkeit Privater nicht notwendig die Möglichkeit einer komplementären staatlichen Zuständigkeit ausschließt. In einer freiheitlichen Ordnung ist der legitime Eigennutz mit dem Gemeinwohl vereinbar, ja das Wohl der staatlichen Gemeinschaft ist auf das Wohl ihrer Glieder bezogen und aktualisiert sich erst in ihm. Das Gemeinwohl umschließt das Wohl des Individuums⁸¹. Das Subsidiaritätsprinzip setzt lediglich voraus, daß die staatliche Instanz sich nach dem *bonum commune* ausrichtet und erst tätig wird, wenn die eigen- oder fremdnützig handelnden Privaten den Forderungen des *bonum commune* nicht genügen.

Schließlich kann auch die subjektive Intention zum Gemeinwohl noch nichts über die objektive Sozialwertigkeit der Leistung aussagen⁸². Eine spezifische Qualität, welche die Staatsakte zur unvergleichlichen, unersetzbaren Größe werden ließe, ergibt sich also aus der Zielbestimmung des staatlichen Handelns nicht.

γ) Damit öffentliche und private Akte sich gegenseitig ersetzen können, müssen sie sich von der Person des jeweiligen Zuständigkeitsträgers ablösen lassen, sie müssen „vertretbar“ sein. Das Grundgesetz läßt ausdrücklich erkennen, daß die elterliche Erziehungsgewalt durch die staatliche substituiert werden kann (Art. 6 III). Auf der anderen Seite kann eine amtliche Regierungsverlautbarung zu einer politischen Frage nicht durch einen Pressekommentar ersetzt werden, weil es hier gerade auf den authentischen Charakter, die Zurechnung zu einem ganz bestimmten staatlichen Subjekt ankommt⁸³.

(FN 50), S. 60 ff., vgl. auch *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 623. Gesetzlicher Ausdruck dafür, daß auch private Einrichtungen sich dem Dienst am Gemeinwohl verschreiben können, ist die steuerrechtliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit (vgl. § 17 StAnpG v. 16. 10. 1934, RGBl. I S. 925). Die Verfolgung von „dem Gemeinwohl dienenden Zwecken“ erhebt im bayerischen Stiftungsrecht bürgerlich-rechtliche Institutionen zu „öffentlichen Stiftungen“ (Art. 1 III StiftungsG v. 26. 11. 1954, BayBS II, S. 661). Ein Seitenstück dazu bildet die Anerkennung als Träger der freien Sozial- oder Jugendhilfe (Nachw. s. o. Einl. FN 1).

⁸⁰ Dieser Aspekt hat mit dem Kompetenzproblem nichts zu tun. Über seine Bedeutung für den Vorrang im Handeln s. u. § 40.

⁸¹ Dazu näher u. § 55.

⁸² Zu mehr als der subjektiven Bemühung um das Gemeinwohl sind auch die Staatsorgane nicht fähig, wenn man die Organwalter nicht zu übermenschlichen Leistungen mystifizieren will. Die objektiven Leistungen einer Privatschule sind gegenüber denen einer öffentlichen Schule nicht deshalb geringer zu werten, weil die Privatschule aus erwerbswirtschaftlichen Motiven vom Schulträger betrieben wird, die öffentliche Hand dagegen ausschließlich von Bildungsidealen geleitet wird.

⁸³ Dazu *Leisner* (FN 69), S. 49, 101, 138, 151. — Dieses Beispiel hat in diesem

δ) Die Frage nach der Gleichheit oder Vergleichbarkeit der Akte kann im Einzelfall schwer zu bestimmen sein, wenn etwa verschiedene *technische Medien* eingesetzt werden. So erfolgt die Wirtschaftswerbung sowohl über die private Presse als auch über die öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten⁸⁴. In welchem Maße hier eine rechtlich erhebliche Substitutionskonkurrenz vorliegt, hängt wesentlich von ontischen Gegebenheiten ab und kann nicht a priori normativ beurteilt werden.

dd) Es bleibt zu prüfen, ob die Geltungsmöglichkeit des Subsidiaritätsprinzips auf den Bereich beschränkt ist, in dem die gesellschaftlichen Kräfte „*öffentliche Aufgaben*“ wahrnehmen. Dieses Kriterium hätte Sinn, wenn sich eindeutig „private“ Aufgaben ausgrenzen ließen, die dem staatlichen Zugriff völlig entzogen wären.

Die Möglichkeit, daß nichtstaatliche Einrichtungen öffentliche Aufgaben ausüben, wird von der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur anerkannt⁸⁵; insbesondere der Presse wird eine solche Funktion

Zusammenhang allerdings nur Bedeutung, wenn man es nicht schon unter die dem Gegenstände nach wesentlichen Staatsaufgaben zählt (s. o. FN 69). Die Authentizität ist aber nur soweit wirksam, als es um den *Inhalt* der Regierungsverlautbarungen geht; sowie sich die Regierung ein eigenes Medium dafür schafft (Staatszeitung, Staatsagentur), ist insoweit die volle Vergleichbarkeit gegeben.

⁸⁴ Zu den Problemen, in welchem Umfang Wettbewerbsberührung zwischen Werbefernsehen und Pressewerbung vorliegt, vgl. *Bussmann*, K., Die Beziehung der Rundfunkanstalten zu den Zeitungsverlagen unter der Sicht des Wettbewerbsrechts, bes. S. 2/14, Frankfurt 1965; *Ipsen*, NJW 1963, S. 2049; *OLG München*, Urt. vom 24. 10. 1957, NJW 1958, S. 1298/1302 mit Anm. *Beyer*, W. (S. 1298). Allgemein zur öffentlichen Hand im Wettbewerbsrecht: *Schricker*, Tätigkeit, S. 101/232.

Hier wird deutlich, daß die rechtliche Aufbereitung des Lebenssachverhalts durch eine wirtschaftsrechtliche Betrachtung für die verfassungsrechtliche Lösung wichtige Hilfsdienste leisten kann; die Lösung selbst vermag sie jedoch nicht zu präjudizieren.

⁸⁵ Von der Fragestellung her scheiden von vornherein aus dem vieldeutigen Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ die synonyme Verwendung mit der originären, ausschließlichen Staatsaufgabe (dazu. o. aa), bb) und die Gleichsetzung mit der „staatlichen“ Aufgabe (d. h. jeder aktuell vom Staat wahrgenommenen Aufgabe) aus. Erstere Bedeutung der „öffentlichen Aufgabe“ findet sich gelegentlich in der Judikatur des *BVerfG* (etwa E 8, 51 [63]; 20, 56 [96/97] — zur Abhaltung von Wahlen). Daß „öffentliche“ Aufgabe nicht mit „staatlicher“ Aufgabe zusammenfällt, daß sie vielmehr auch von Privaten erfüllbar ist, wird betont von *Forsthoff*, Die öffentliche Körperschaft, S. 18, 21, 22; *Klein*, DÖV 1965, 757/759; *Herschel*, Festschrift für Nipperdey II, S. 253; *Peters* (FN 79), S. 878/880; *Leisner* (FN 50), S. 22/23; *Scholler*, H., Person und Öffentlichkeit, München 1967, S. 89 und passim.

Auch das *BVerfG* (E 12, 205 [245/246]) trennt die (weitere) „öffentliche“ Aufgabe von der (engeren) „staatlichen“; nur wenn sich der Staat mit einer „öffentlichen“ Aufgabe befaßt, werde sie zur „staatlichen“ im Sinne von Art. 30 GG. Nur von diesem Ausgangspunkt her ist die Fragestellung überhaupt sinnvoll: Öffentlichkeit muß als weiterer Raum der Staatlichkeit vorgelagert sein, in dem sich staatliche und gesellschaftliche Aufgabenträger begegnen können. Diese „Kampfzone“ von Staat und Gesellschaft beschreibt *Forsthoff*

attestiert⁸⁶. Unklar und mehrdeutig bleibt allerdings, was eine solche Feststellung beinhaltet.

a) Sie kann sich auf den Adressatenkreis und das Wirkungsfeld beziehen: auf die Allgemeinheit als unbestimmten Personenkreis, auf das *Publikum*. Öffentliche Aufgabe bedeutet dann entweder Tätigkeit für die Öffentlichkeit oder Tätigkeit in der Öffentlichkeit. Im ersten Fall liegt der Akzent auf der aktiven Wirkung zum Publikum hin⁸⁷, im zweiten auf der passiven Zugänglichkeit für das Publikum (Publizität)⁸⁸. Keines der beiden Kriterien besitzt eine klare Abgrenzung gegenüber „privaten“ Aufgaben: Die meisten unternehmerischen Leistungen Privater werden einer unbestimmten Allgemeinheit angeboten — wann diese private Quantität in staatsrelevante, öffentliche Qualität umschlägt, ist rechtlich nicht zu bestimmen. Es bleibt überhaupt fraglich, ob und wieweit dieser Öffentlichkeitsbegriff normativer Aussagen fähig ist. Im übrigen vermag

(a. a. O., S. 17/27), allerdings mehr unter einem statisch-organisatorischen Aspekt als dem dynamisch-funktionellen, der hier maßgeblich ist. Diesen stellt *Noltenius* (Die freiwillige Selbstkontrolle, S. 102/104) dar. Grundlegend zum Wesen der Öffentlichkeit ferner: *Smend*, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 11/20; *Kaiser*, Repräsentation, S. 355 357; *Arndt*, NJW 1960, 423/424; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 2 II, b, 1; *Scholler*, a. a. O., S. 74/94 mit vielen Nachw. Als verfassungsrechtliche Ordnungsbegriffe sind die Kategorien „öffentlich-privat“ ohnehin von vorneherein sinnlos, wenn ihr „ausschließliches Kriterium“ in der „konkreten Entscheidung des Staates“ läge (so die These *Zeidler*s, AöR 86, 1961, 398; ähnlich *Forsthoff*, a. a. O., S. 17, 27 — jedoch bezogen auf die institutionalisierte Öffentlichkeit, die von den „unmaßgeblichen“ Qualifizierungen der Tagespolitik abgesetzt wird; in der gleichen Richtung argumentiert *Köttgen*, OLG-Festschrift, S. 93/94). Das BVerfG verwendet den Begriff jedenfalls als normatives Kriterium. Gegen den staatlichen Dezisionismus in der Bestimmung öffentlich-staatlicher Aufgaben: *Rupp*, NJW 1965, 995; *Peters* (FN 79), S. 877/895.

⁸⁶ So bescheinigt § 3 Niedersächs. PresseG vom 22. 3. 1965 (GVBl. S. 9) der Presse, daß sie eine „öffentliche Aufgabe“ erfülle. Das BVerfG hat mehrfach diese Feststellung getroffen (E 12, 113 [128]; 20, 162 [175]). Kritisch dazu *Forsthoff*, DÖV 1963, 633/634, und *Schnur*, VVDStRL 22 (1965), 110/116. Dazu zusammenfassend *Leisner*, FN 50, S. 192/198; *Mallmann*, JZ 1966, 629/632; *Scholler* (FN 85), S. 336/349.

⁸⁷ Aus dem Dienst an der Öffentlichkeit folgt der *BayVerfGH* (4, 150 [162/164]; 8, 107 [114]; 13, 10 [19]) die öffentliche Aufgabe des (Tier-) Arztes. Die Öffentlichkeit als Adressatin der Presse und des Rundfunks ist ein Grund, den Massenmedien eine öffentliche Aufgabe zuzuerkennen (Nachw. zur Presse s. o. FN 86, bes. *Scholler*, S. 346/347; zum Rundfunk *Leisner*, FN 50, S. 22/122). Die Allgemeinheit als Adressatin formt auch den öffentlichen Status der Parteien (dazu *Hesse*, VVDStRL 17, 1959, 27, 39 ff.) und den „Öffentlichkeitsanspruch“ der Kirchen (dazu *Link*, FN 44, S. 301/302; *Pirson*, D., Öffentlichkeitsanspruch, EVStL, Sp. 1390/1394).

⁸⁸ Dieser Gesichtspunkt spielt eine Rolle für die öffentlichen Massenmedien, die den Informationsanspruch „aus den allgemein zugänglichen Quellen“ (Art. 5 I 1 GG) erfüllen. Diese „Öffentlichkeit“ wird auch den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zugesprochen (so *Zacher*, Freiheit, S. 57; zweifelnd *Köttgen*, Vorrang, S. 7). — Grundsätzlich zur Publizität: *Smend* (FN 85), S. 13/18; *Krüger* (FN 50), S. 440/446; *Hundhausen*, *Hofstätter*, *Kaiser* u. a. in: Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt 1962; *Arndt*, NJW 1960, 423.

dieser Aspekt des Öffentlichen nicht alle staatlichen Interventionen in den grundrechtlichen Bereich, die für das Subsidiaritätsprinzip bedeutsam sind, zu erfassen; so muß etwa die Ablösung der elterlichen Gewalt durch Fürsorgeerziehung (Art. 6 III GG) notwendig in einer nicht-öffentlichen, diskreten Form vor sich gehen⁸⁹.

β) Die „öffentliche Aufgabe“ kann eine bestimmte *politische Funktion* im demokratischen Gemeinwesen, einen Integrationseffekt bezeichnen⁹⁰. Für eine Ausgrenzung staatsfreier Kompetenzen ergibt sich nichts, weil das Integrationsargument die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft notwendig überspringt und auf die geeinte und sich einende Rechtsgemeinschaft abstellt; im übrigen weist das Subsidiaritätsprinzip keinen Bezug zur demokratischen Komponente des Gemeinwesens auf⁹¹.

γ) Soll die Öffentlichkeit allgemein die *Bedeutung* einer Angelegenheit bezeichnen, die sie auf Grund ihres äußeren Umfangs und Gewichtes oder ihres besonderen Wertes erlangt hat⁹², ist vollends aus dieser Wertung kein rechtliches Kriterium zu ersehen, das sich dazu eignet, Grenzen zu ziehen, sondern nur eine tatsächliche Gegebenheit⁹³.

δ) Schließlich kann der öffentliche Charakter einer Aufgabe auch damit begründet werden, daß *Interessen* des ganzen Gemeinwesens, nicht nur die einzelner Bürger auf dem Spiele stehen⁹⁴. Wenn der Staat darauf

⁸⁹ Die aus rechtsstaatlichen Gründen notwendige Bekanntgabe des Eingriffsaktes an die konkret Betroffenen hat nichts zu tun mit der Publizität, von der in diesem Zusammenhang die Rede ist. Adressat der rechtsstaatlichen Bekanntgabe ist derjenige, dessen abgegrenzter Rechtskreis berührt worden ist. Adressat der umfassenden (auf dem Boden einer demokratisch akzentuierten Integrationslehre zu erfassenden) Publizität ist *quavis ex populo*, der als Glied der „Öffentlichkeit“ die Möglichkeit der Anteilnahme und Kenntnisnahme hat (zum letzten Gesichtspunkt: *Noltenius*, FN 85, S. 102/104).

⁹⁰ So zur (Des-) Integrationswirkung der Presse: *Scholler* (FN 85), S. 347/349; der Parteien: *Hesse* (FN 87), S. 39 ff.; der Wohlfahrtsverbände: *Zacher* (FN 88), S. 57. — Grundsätzlich zu diesem Aspekt der Öffentlichkeit: *Smend* (FN 85), S. 17/18; *Kaiser* (FN 85), S. 355; *Noltenius* (FN 85), S. 102/104.

⁹¹ Dazu näher u. § 54.

⁹² So liegt im „öffentlichen“ Status der Kirchen nach *Mikat* (Das Verhältnis von Kirche und Staat, S. 18/19) die Anerkennung der kirchlichen Bedeutung für die Öffentlichkeit (a. A. *Hesse*, EvStL, Sp. 922/923). — Zur Bedeutung des Bay. Roten Kreuzes als Sinn einer öffentlich-rechtlichen Privilegierung: *BayVerfGH* 15, 22 (26/28).

⁹³ So bildet für *Scheuner* (VVDStRL 22, 1965, 74/75) die „öffentliche Aufgabe“ der Presse die soziologische Betrachtung einer politischen Funktion. Aus der Bedeutung einer Angelegenheit für die Allgemeinheit rechtliche Folgerungen zu ziehen, lehnen ab: *Herschel* (FN 85), S. 241/242; *Mennacher*, Diss., S. 25; ähnlich auch *Klein*, DÖV 1965, 759.

⁹⁴ Die öffentliche Aufgabe wird aus dem Bezug zum Gemeinwohl definiert von: *Wolff* (FN 85), § 2 II, b, 1; *Herschel* (FN 85), S. 253; *Peters* (FN 85), S. 878/879 (Beispiele u. a. Kindererziehung und wissenschaftliche Forschung, S. 881/882); *Klein*, DÖV 1965, 759; *Burger*, F., Art. 33 GG und die sog. staatlich gebundenen Berufe, Diss., Marburg 1967, S. 37. — Zum staatskirchenrechtlichen Aspekt der öffentlichen Aufgabe als Gegenstand des öffentlichen Interesses: *Mikat* (FN 92), S. 18/19; *Hesse*, JÖR n. F. 10 (1961), 74/75.

beschränkt ist, nur solche Interessen zu verwirklichen, dann bilden die öffentlichen Interessen zwar eine objektive Zielsetzung und Schranke seines Handelns, jedoch keine Wesenseigenschaft der Aufgaben, die eine klare Zuständigkeitstrennung ermöglicht dadurch, daß sie a priori private Angelegenheiten aus der Konkurrenzzone negativ ausscheidet. Denn das öffentliche Interesse wird aus dem Wesen der Rechtsgemeinschaft, nicht aber aus dem Wesen der Aufgabe heraus determiniert. Als positiver Rechtfertigungsgrund der staatlichen Intervention eignet es sich also besser denn als negative, sachliche Kompetenznorm. Überdies wäre es ein sinnloses Unterfangen, bestimmte private Lebensbezirke a priori auszuschneiden. Denn das *bonum commune* der staatlich verfaßten Gemeinschaft umgreift *alle* Lebensäußerungen ihrer Glieder, und es hängt nur vom Anruf der geschichtlichen Stunde ab, auf welche von ihnen sich das aktuelle öffentliche Interesse richtet⁹⁵. Die Gegenstände des öffentlichen Interesses enzyklopädisch zu erfassen, setzte Prophetengabe voraus.

Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ ist also in diesem Zusammenhang unergiebig⁹⁶.

Als wesentliche *Ergebnisse* der Untersuchung haben sich formale Kategorien ergeben, die den sachlichen Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis von Staat und Gesellschaft bestimmen, wenn man eine Geltung des Grundsatzes unterstellt:

⁹⁵ Zur Unbegrenztheit der „öffentlichen Aufgabe“: Klein, DÖV 1965, 758; Mennacher, Diss., S. 25/26. Ablehnend gegenüber der öffentlichen Aufgabe als Grenze des Staatshandelns auch Maunz, BayVBl. 1957, 4. Zur Unabgrenzbarkeit staatlicher Programme: Lerche, AöR 90 (1965), 346/348.

⁹⁶ Fruchtbare als der Rückgriff auf die öffentliche Aufgabe könnte der Versuch sein, aus dem Kategorienpaar Georg Jellineks „Solidarinteressen-Innerlichkeit“ (vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 250/255 — s. auch o. § 13) Kriterien zu gewinnen, um einen Bereich ausschließlicher gesellschaftlicher Vorbehalte auszugrenzen. Eine globale Rezeption in das Verfassungsrecht scheidet jedoch von vorneherein aus, da weder die soziologischen noch die normativen Voraussetzungen von Jellineks System in der Verfassungswirklichkeit und in der Verfassungsnorm der Gegenwart ihre Entsprechungen finden. Vor allem hindert der soziologisch fundierte, grob mechanistische Staatsbegriff, welcher der Unterscheidung Jellineks zugrundeliegt, dem Staat produktives, schöpferisches Handeln normativ zuzurechnen, und versagt damit a priori vor der heutigen verfassungsrechtlichen Problematik. Wohl aber könnten Jellineks Begriffe aus einem gewandelten materialen Staatsverständnis mit neuem Inhalt gefüllt werden. Der Bereich der „Innerlichkeit“ im Sinne des Grundgesetzes könnte zumindest teilweise in nuancierender Interpretation des „Wesensgehaltes“ der Grundrechte und Institutsgarantien gewonnen werden; Gewissen, Religion, Ehe ließen sich so weithin den Individualvorbehalten zurechnen. Das Ziel einer solchen Untersuchung wird von BVerfGE 6, 32 (41) vorweggenommen, wenn aus einer Zusammenschau der Art. 19 II, 1 III und 2 I GG gefolgert wird, daß „dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“.

- I. Eine subsidiäre Ordnung kann zwischen Staat und Gesellschaft nur soweit verwirklicht werden, als eine Vergleichsebene vorhanden ist und die Maßnahmen sich gegenseitig ersetzen können.
- II. Entscheidend ist das Vorliegen gemeinsamer Aufgaben. Wesentliche Staatsfunktionen und spezifisch private Lebensäußerungen scheiden damit von vorneherein aus.
- III. Die Teilnahme des Fiskus am privatwirtschaftlichen Wettbewerb aus Erwerbsmotiven schafft keinen Anknüpfungspunkt für das Subsidiaritätsprinzip, das die Solidarität der Aufgabenträger voraussetzt und somit wenigstens von der höheren (staatlichen) Instanz die uneigennützige Orientierung am umfassenden Gemeinwohl erfordert. Fiskalisches Handeln liegt somit außerhalb des Anwendungsbereiches.
- IV. Das Maß möglicher Subsidiarität hängt von den Mitteln ab, welche die öffentliche Gewalt zur Verwirklichung der konkurrierenden Zwecke einsetzen darf. Soweit nur obrigkeitliche Maßnahmen getroffen werden dürfen, verengt sich die mögliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips auf das Verbot übermäßiger Reglementierung. Die umfassende Geltung ist dagegen auf den Gebieten vorhanden, auf denen der Staat selbst gesellschaftliche Lebensfunktionen ausüben und sogar völlig monopolisieren kann.
- V. Diese Voraussetzungen finden vor allem in den Zwecken des Sozialstaates ihre inhaltliche Erfüllung. Diese umschreiben den Horizont einer möglichen Geltung des Subsidiaritätsprinzips.

II. Die normativen Gegenlösungen zum Subsidiaritätsprinzip

Da das Feld abgesteckt ist, innerhalb dessen die Rangordnung des Handelns problematisch ist, kann die Frage gelöst werden, ob das Grundgesetz eine prinzipielle Rangfolge vorsieht und — da die Subsidiarität nicht die einzig mögliche darstellt — welchen Inhalt das Regulativ aufweist.

Es liegt nahe, diese Frage im Zusammenhang mit der grundgesetzlichen *Wirtschaftsverfassung* zu würdigen und die Lösung aus den Stellungnahmen heraus anzustreben, die zu diesem Thema entwickelt worden sind; denn das Rangverhältnis von Staat und Privatwirtschaft ist die wichtigste Frage des Wirtschaftsverfassungsrechts. Trotzdem sind die Probleme inkongruent. Die Frage nach der Wirtschaftsverfassung ist enger als die nach dem Zuständigkeitsregulativ, da sie nur auf eine Funktion der Gesellschaft abgestellt ist; sie ist auch spezieller, weil sie die

verschiedensten Einzelercheinungen des ökonomischen Bereiches betrachtet, die für die Grundsatzfrage nach der Rangordnung unerheblich sind. Überdies würde die Fragestellung von vornherein stark verengt werden, wenn nur die zufällig im Schrifttum vertretenen Positionen (die sich weniger unterscheiden, als es prima facie erscheinen mag) den Rahmen bildeten¹.

Es ist deshalb vorzuziehen, den Lösungsweg auf alle die denkbaren Möglichkeiten hinzuführen, die einer grundsätzlichen Entscheidung an sich offenstehen. Es geht hier allerdings nicht um die Lösung von Einzelfällen, sondern allein um die Frage, ob eine *prinzipielle Konkurrenznorm* erkennbar ist (mag sie auch verschiedene Ausnahmen zulassen). Es geht auch in der Fragestellung nicht um nuancierte Mischformen, sondern um die denkmöglichen Idealtypen der Regelung. Da im sozialen Rechtsstaat die extreme Lösung der totalen Identifikation von Staat und Gesellschaft ebenso ausgeschieden ist wie die des beziehungslosen Laissez-faire-Dualismus, bleiben nur idealtypische Lösungen „mittlerer“ Art übrig. Der Verfassungsgeber könnte

¹ Grundsätzlich zum Problem der *Wirtschaftsverfassung* im Grundgesetz: Badura, Verwaltungsmonopol, S. 316 ff.; Ballerstedt, GR III/1, S. 1 ff.; Böhm, Wirtschaftsordnung; Ehmke, Wirtschaft, S. 7/56; Erlinghagen, Festgabe für Herrfahrdt, S. 5 ff.; Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 18 ff., 39 ff., 97 ff.; ders., DÖV 1956, 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.; Leisner, Grundrechte, S. 178/195; Scheuner, VVDStRL 11 (1954), 19 ff.; Strauß, Wirtschaftsverfassung; Zacher, Festschrift für Boehm, S. 63 ff.

Vom Inhalt der Wirtschaftsverfassung her ergeben sich verschiedene Folgerungen für die Geltung des Subsidiaritätsprinzips:

- a) Wenn das Grundgesetz die *soziale Marktwirtschaft* gewährleistet (so Nipperdey, Marktwirtschaft), ist *notwendig* auch das — neoliberal akzentuierte — Subsidiaritätsprinzip mit *garantiert* (vgl. Nipperdey, S. 26; im übrigen s. o. § 30).
- b) Wenn eine „gemischte“ Wirtschaftsverfassung vorgesehen ist (so Ernst Rudolf Huber, a. a. O.; Stern, DÖV 1961, 325 ff.; Erlinghagen, Festgabe für Herrfahrdt, S. 7 ff.; Constantinesco, Annales Universitatis Saraviensis, VIII, 1960, S. 116 ff.), kann das Subsidiaritätsprinzip darin enthalten sein (vgl. Huber, DÖV 1956, S. 205; Stern, a. a. O., S. 328; Constantinesco, a. a. O., S. 124).
- c) Wenn das Grundgesetz die Lösung *offen* hält und allenfalls extreme Möglichkeiten ausschaltet (so BVerfGE 4, 7 [17/18]; BVerwGE 17, 306 [308]; Dürig, JZ 1953, 193 ff.; ders. M—D, Art. 2 I/Rdnr. 44; Leisner, Werbefernsehen, S. 178 ff.; Ehmke, a. a. O., S. 7 ff.; Badura, a. a. O., S. 316 ff.; Ballerstedt, GR III/1, S. 1 ff.), besteht ebenfalls die Möglichkeit, daß das Subsidiaritätsprinzip anerkannt wird; (bejahend: Ballerstedt, GR III/1, S. 55/57; Dürig, JZ 1953, 198, JZ 1955, 525 Anm. 16 und M—D Art. 2 I/Rdnr. 52; ablehnend: Badura, a. a. O., S. 305, 315; Leisner, a. a. O., S. 181).
- d) Wenn dagegen das Grundgesetz die Wirtschaftsverfassung nicht festlegt, aber auch *nicht für festlegbar* erklärt hat (so Krüger, DVBl. 1951, 361 ff.), dann ist das Subsidiaritätsprinzip *schlechthin verfassungswidrig* (vgl. Krüger, Staatslehre, S. 772/775).

1. gar nicht entschieden und die Entscheidung dem Gesetzgeber überlassen haben;
2. die negative Bestimmung dahin getroffen haben, daß jede grundsätzliche Festlegung unzulässig sei;
3. eine positive Lösung gewählt haben. Als Lösungsmöglichkeiten ergeben sich:
 - a) der Vorrang,
 - b) der Gleichrang,
 - c) der Nachrang (die Subsidiarität) der öffentlichen Gewalt.

Es empfiehlt sich, jedes dieser Modelle auf seine Aktualisierung im positiven Recht hin zu untersuchen und die wesentlichen Gesichtspunkte zusammenzustellen, die für ein bestimmtes Modell sprechen könnten. Zunächst sollen die normativen Gegenlösungen zum Subsidiaritätsprinzip untersucht werden (2, 3 a—b). Läßt sich eine von ihnen als Bestandteil des Grundgesetzes nachweisen, wäre damit zugleich das Subsidiaritätsprinzip als verfassungswidrig ausgeschieden. Fällt dagegen die Untersuchung negativ aus, verengt sich die Fragestellung darauf, ob das Subsidiaritätsprinzip die verfassungsmäßig *gebotene* Konkurrenzmaxime von Staat und Gesellschaft (3c) oder ob das Grundgesetz indifferent sei und das Subsidiaritätsprinzip somit wenigstens eine *zulässige* Lösung darstelle (1).

1. Die Nichtregulierbarkeit des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft

Als erstes Lösungs-Modell kommt die negative Entscheidung in Betracht, daß weder das Verfassungsrecht ein Regulativ aufweise noch dem Gesetzgeber die Festlegung auf ein allgemeines Prinzip gestattet sei, daß also das Verhältnis von Staat und Gesellschaft schlechthin rechtlich indeterminierbar sei.

Für die These könnten sprechen:

- a) die innere Souveränität und
- b) die weltanschauliche Neutralität der öffentlichen Gewalt.

a) Souveränität

Ist es mit dem Recht des souveränen Staates, seine Aufgaben frei zu bestimmen², vereinbar, wenn er auf eine bestimmte Abfolge des

² Bibliographie zur Souveränität: *Dagtolou*, P., Souveränität, EvStL, Sp. 1986/1987. Zusammenfassender Überblick über den gegenwärtigen Meinungsstand: *Häberle*, P., AöR 92 (1967), 259/287.

Handelns gegenüber der Gesellschaft festgelegt wird? Muß nicht vor allem eine Annahme des Subsidiaritätsprinzips die innere Souveränität des Staates aufheben, da das Subsidiaritätsproblem nach einigen seiner Ausleger das „angemaßte Rechtsmonopol“ des modernen Staates³ auflösen soll?

aa) Die (innere) Souveränität des Staates steht dann jeder normativen Arbeitsteilung mit der Gesellschaft entgegen, wenn sie die Staatsgewalt als schlechthin nicht normativ determinierbar erscheinen ließe oder wenn sie den Staat befähigte, sich jederzeit gegen das positive Recht durchzusetzen⁴. Falls die Souveränität die Möglichkeit zur wirksamen Selbstbindung⁵ der Staatsgewalt ausschaltete, würde sie jede rechtsstaatliche Verfassungsgebung, vor allem die Anerkennung von Grundrechten, von vorneherein zunichte machen. Die Antwort kann nicht von einer apriorischen Souveränitätslehre auf dem Boden des frühabsolutistischen Staates Bodins oder des „Modernen Staates“ Herbert Krügers gefunden werden, sondern allein auf dem Boden des Grundgesetzes.

Das Grundgesetz aber hat sich für den Rechtsstaat entschieden. Es darf offenbleiben, ob in der Staatslehre die formalen Souveränitätskategorien nicht von den materialen Kategorien der sachlichen Staatsaufgaben abgelöst werden sollten⁶ — auf jeden Fall sieht das Grundgesetz die staatliche Souveränität als eine normativ verfaßte Macht an, als eine rechtlich gebundene Gewalt⁷. Die Möglichkeit der Selbstbindung durch die Verfassung ist damit ebenso gegeben wie die Möglichkeit, daß die Organe, die sich auf der Grundlage der Verfassung gebildet haben, sich Beschränkungen auferlegen⁸.

³ Die Polemik wird angeführt von *Nell-Breuning*, *Wirtschaft und Gesellschaft* I, S. 272 ff., bes. (Zitat) S. 281/282. Souveränität und Subsidiarität werden als Gegensätze gesehen von *Küchenhoff*, *G.*, *RdA* 1959, 202.

⁴ Vgl. *Heller*, *Staatslehre*, S. 244.

⁵ *Georg Jellinek* definiert die Souveränität geradezu als „die Eigenschaft einer Staatsgewalt, kraft deren sie die ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung hat“ (*Staatslehre*, S. 481). Vgl. zum Rechts- und Machtaspekt auch *Krüger*, *Staatslehre*, S. 855/857. Zum Verhältnis von Bindung und Souveränität s. auch *Häberle* (FN 2), S. 286.

⁶ So das Postulat *Hesses*, *ZevKR* 6 (1957/58), 180.

⁷ Zum intellektualistischen Grundzug der Verfassungsschöpfung: s. o. § 31.

Zum Gegenspiel des dezisionistischen und des normativistischen Souveränitätsverständnisses: *Kägi*, *Verfassung*, S. 160 ff. — Zur rechtsstaatlichen Vorformtheit jeder Staatsgewalt: *Krüger*, *DÖV*, 1959, 725/726.

⁸ Nicht ganz widerspruchsfrei argumentiert *Herzog*, *Der Staat* 2 (1963), S. 417/422: Zunächst stellt er fest, es liege „auf der Hand“, daß mit der traditionellen Souveränitätslehre ein Naturrechtssatz unvereinbar sei, insbesondere wenn er die grundsätzliche Beschränkung der Staatsgewalt intendiere (S. 417). Nach einem historischen Exkurs über die Souveränitätslehren sieht er das Wesen moderner Rechtssetzung gerade als Dezision und wirft dem Subsidiaritätsprinzip in seiner „diffusen“ Form vor, daß es nicht dazu beitrage, den Dezisionismus zu überwinden, sondern es ihn geradezu fördere (S. 420/421).

bb) Doch setzt die Souveränität voraus, daß die Selbstbindung autonom erfolgt. Souveränität bedeutet einzige, ausschließliche Entscheidungsgewalt⁹. Die Frage nach dem Inhalt der Gewalt führt notwendig auf die nach ihrem Träger (Organsouveränität).

Eine Rangordnung von Staat und Gesellschaft begründet eine normative Relation zwischen beiden und macht das staatliche Handeln damit von dem gesellschaftlichen abhängig; das gilt besonders, wenn der Staat nur subsidiär tätig werden darf: die Grundrechtsträger schaffen die Voraussetzungen dafür, ob der Staat intervenieren darf oder nicht¹⁰. Doch ist diese Beziehung überall gegeben, wo normative Tatbestände von Privaten erfüllt sein müssen, damit dem Staat ein Recht zum Handeln erwächst. So hängt es vom freien Entschluß der Bürger ab, ob dem Staat ein Strafanspruch ihnen gegenüber entsteht. Aus der Sicht der Souveränität ist dieser Zusammenhang bedeutungslos. Maßgeblich ist allein, wer die Tatbestände schafft und über ihr Vorliegen das verbindliche Urteil fällt¹¹. So könnte eine gesetzliche Subsidiaritätsregelung die Souveränität gar nicht antasten. Denn — frei nach Carl Schmitt — *souverän ist nicht, wer den Subsidiaritätsfall auslöst, sondern souverän ist, wer über den Subsidiaritätsfall entscheidet*. Und das kann in der Ordnung des Grundgesetzes nur die Staatsgewalt sein.

Aus der Kompetenz-Kompetenz des Staates darf daher nicht auf das Fehlen einer Kompetenz-Ordnung geschlossen werden¹². Dieses Ergebnis ändert sich auch dann nicht, wenn man dem Subsidiaritätsprinzip *naturrechtliche* Geltung zuspricht, welche die Staatsgewalt anerkennen müsse. Das Verhältnis der Souveränität zum Naturrecht bedarf keiner staats-theoretischen Klärung, da das Grundgesetz den gordischen Knoten durchgehauen und ein vorstaatliches Recht bejaht hat, dem selbst der Ver-

Schließlich räumt er ein, daß der Staat — „durchaus unbestreitbar“ — sich in seiner Verfassung an ein klar gefaßtes Subsidiaritätsprinzip binden könne (S. 422).

⁹ Dazu Jellinek (FN 5), S. 481/482; Krüger (FN 5), S. 848/851; Dagdoglu (FN 2), Sp. 1983.

¹⁰ In diese Richtung scheinen die Bedenken *Leisners* (Werbefernsehen, S. 176/177) gegen das Subsidiaritätsprinzip zu gehen: In einer freien Wettbewerbswirtschaft bestimmten die wirtschaftlich Tätigen weiterhin selbst über die Voraussetzungen des staatlichen Eingreifens und trafen damit wirtschafts-plebiszitäre Vorentscheidungen über das staatliche Handeln.

¹¹ Zu Recht sieht *Herzog* (Der Staat 2, 1963, S. 422) die Auflösung der Staatlichkeit gegeben, wenn die einzelnen sozialen Einheiten selbst über ihre Zuständigkeiten entscheiden würden — das würde aber nicht nur gelten, wenn das „unklare“, „manipulierbare“ Subsidiaritätsprinzip zur Grundlage der Ordnung bestimmt wird. Zur staatlichen Entscheidungskompetenz s. auch *Peters*, AfK 6 (1967), S. 12.

¹² So aber die Argumentation von *Scholz* (Wesen, S. 49) gegen die Möglichkeit eines kommunalverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips.

fassungsgeber sich unterwerfen muß¹³. Maßgebend für die Entscheidungsgewalt ist aber, wer verbindlich darüber befindet, welchen Inhalt das Naturrecht habe, wie das Naturrecht auszulegen sei. Diese autonome Interpretationskompetenz kann nicht auf unterstaatliche Instanzen übergeleitet werden. Weder das Subsidiaritätsprinzip noch eine seiner Alternativen bedrohen somit dieses Monopol des Staates¹⁴.

b) Weltanschauliche Neutralität (Nicht-Identifikation)

aa) Wenn das Grundgesetz das Verhältnis von Staat und Gesellschaft inhaltlich festgelegt hätte, würde es damit eine bestimmte ideologische Konzeption erkennen lassen. Nach Herbert Krüger verstößt ein Staat jedoch gegen sein Wesensgesetz, wenn er sich einen materiellen Gehalt, ein moralisches, weltanschauliches oder wissenschaftliches System zu eigen macht, weil er „ein Gemeinwesen ohne besondere Eigenschaften“ sein müsse (Grundsatz der *Nicht-Identifikation*)¹⁵. Es sei unbedingt ausgeschlossen, daß der Staat einem seiner Tätigkeitsbereiche ein Dogma oder eine Theorie zugrundelege. Er dürfe seinen Angehörigen weder eine Theologie noch eine bürgerliche Religion im Sinne Rousseaus als demokratisches Glaubenssurrogat aufnötigen. Denn die Grundhaltung der Demokratie liege gerade im Agnostizismus und Relativismus. So könne sich auch die Demokratie in der Verfassungsurkunde nicht auf eine bestimmte Wirtschaftshaltung festlegen.

¹³ Dazu näher §§ 31, 48. Zur Auslegungskompetenz über das Naturrecht: *Dagtolou* (FN 2), Sp. 1983.

¹⁴ Aus dem Umstand, daß das Subsidiaritätsprinzip der katholischen Soziallehre entstammt, hinter der eine eindeutige Lehrgewalt steht, wird gefolgert, die Autonomie des Staates könne dadurch gefährdet werden, daß die Entscheidung auf außerstaatliche Instanzen übergehe (so *Krüger*, FN 5, Sp. 774/775, 768; *Herzog*, FN 8, S. 422, und *EvStL*, Sp. 2269). *Krüger* sieht in der Gefahr des Souveränitätsverlustes auch den Grund, weshalb die katholische Kirche den Grundsatz auf sich selbst nicht anwende (S. 775). Abgesehen davon, daß die These auf ungenauer Information beruht (s. o. § 4 mit Nachw. FN 8), bleibt zu fragen, an wen denn die Kirche die Entscheidungsgewalt verlieren solle.

In dieser Argumentation gelangt ein Moment der eigentümlichen Subsidiaritäts-Phobie, welche die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung prägt, zum Ausdruck. Niemand ist bislang darauf gekommen, um die staatliche Souveränität zu bangen, weil das Grundgesetz in der Dreiteilung der Gewalten einen Grundsatz der Lehre Montesquieus angenommen und sich damit von den jeweiligen Ergebnissen der philologischen Montesquieu-Interpretation abhängig gemacht habe oder weil die Rezeption sozialistischen Gedankengutes in das Verfassungsrecht (Sozialisierung, Sozialstaat) die innerdeutsche Entscheidungsgewalt den Vorstellungen der sozialistischen Internationale unterwerfe. Nur die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips scheint die Gefahr heteronomer Herrschaft einer ultramontanen Instanz heraufzubeschwören ...

¹⁵ Zum Prinzip der Nicht-Identifikation vgl. *Herbert Krüger*, Staatslehre, S. 178/185, 762, 763 und passim; Zitat: S. 178. S. auch Nachw. u. FN 16. Kritisch: *Zippelius*, R., BK (Zweitbearb.), Art. 4/Rdnr. 9, 24.

Krüger zieht aus der These vor allem für die Frage der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes Folgerungen¹⁶: Das Grundgesetz habe keine positive Entscheidung getroffen. Die Nicht-Entscheidung sei der Verfassungszustand auf dem Gebiet der Wirtschaft; die wirtschaftspolitischen Ideale seien also auf dem Boden der relativistischen Demokratie verblieben. Jedoch beschränkt sich Krüger nicht darauf, das Grundgesetz als indifferent zu erweisen, sondern er entnimmt ihm auch das Gebot, daß die Staatsorgane zur Indifferenz verpflichtet seien. Wenn sie schon nicht von Verfassungen wegen gebunden seien, so dürften sie sich erst recht nicht durch eigene Entscheidungen festlegen. Der Gesetzgebung und der Regierung sei es überhaupt verwehrt, Wirtschaftspolitik als Verwirklichung eines wirtschaftstheoretischen Systems zu verstehen; beide seien darauf beschränkt, Wirtschaftspolitik unter wirtschaftstheoretisch wertneutralen Gesichtspunkten zu treiben, also etwa zur Sicherung der staatlichen Existenz, zur Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit und zur undogmatischen Förderung der öffentlichen Wohlfahrt.

Dieser *absolute Relativismus* schließt jede grundsätzliche Bestimmung eines Rangverhältnisses von Staat und Gesellschaft aus.

bb) Der „Staat ohne Eigenschaften“ ist aber eine Fiktion. Die Verfassungsurkunde des Grundgesetzes postuliert nicht etwa die „Nicht-Identifikation“, sondern ist selbst das Ergebnis der Identifikation mit verschiedensten Ideologien — christlichen wie aufklärerischen, liberalen wie sozialistischen¹⁷. Soweit das Grundgesetz Entscheidungen getroffen hat, will es sie nicht relativistisch selbst wieder in Frage stellen oder durch Bürger und Staatsorgane in Frage stellen lassen. Die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes ist zwar nicht völlig der Diskussion entzogen, wohl aber der tätlichen Auflehnung. Die „streitbare Demokratie“ toleriert nicht die Gegner ihrer Spielregeln (vgl. Art. 5 III 2, 9 II, 18, 21 II GG)¹⁸. Dieser Grad von Verbindlichkeit kommt allen Verfassungs-

¹⁶ Vgl. Krüger, DVBl. 1951, 361/368 (bes. 363); *dens.*, DÖV 1952, S. 545; *dens.*, BB 1953, S. 565/567 (hier allerdings abschwächend: das Grundgesetz huldige nicht wirtschaftsverfassungsmäßigem Agnostizismus, habe sich vielmehr für eine „gemischte Wirtschaftsverfassung“ entschieden und verwurfe den Monismus und Purismus einer Doktrin); *dens.* (FN 15), S. 579/582. — Krüger modifiziert seine These zwar — sein eigentliches Angriffsobjekt bleibt aber eindeutig die Ideologie des Neoliberalismus. Krügers Lehre von der wirtschaftlichen Neutralität findet Zustimmung bei Hamann (Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 32/33; GG, Einf., S. 11/12). Ablehnend: Ehmke, Wirtschaft, S. 43 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 320 mit weit. Nachw.

¹⁷ Zum ideologischen Gehalt des GG: Rumpf, Gehalt, S. 13/39; Thieme, ZgesStW 113 (1957), 285; ferner BVerfGE 5, 85 (379); die Legitimität der Ordnung in der Bundesrepublik liege vor allem darin, daß sie Ausdruck der politischen und sozialen Gedankenwelt sei, die dem gegenwärtig erreichten kulturellen Zustand des deutschen Volkes entspreche und auf eine ungebrochene geistesgeschichtliche Überlieferung zurückgehe. Zum ethischen Standard des Grundgesetzes: Obermayer, Gemeinschaftsschule, S. 5/8.

¹⁸ Krüger modifiziert seine Thesen nur für den demokratischen Sektor, indem er anerkennt, das Grundgesetz habe den Übergang von der weltanschauungslosen zur weltanschauungserfüllten Demokratie vollzogen (DVBl. 1951, 361/362). — Vgl. zur Absage des Grundgesetzes an den Relativismus: Dürig, JZ 1953, 196/197; *dens.*, M—D, Art. 18/5—6; Rumpf (FN 17), S. 35/36 und *passim*. Zur

normen zu; nicht nur denen des demokratischen Verfahrens, sondern auch denen, die das Verhältnis von Staat und Gesellschaft regeln.

Innerhalb der Vorentscheidungen der Verfassung sind aber die zuständigen Organe frei, ihre eigenen Vorstellungen zu verwirklichen, mögen diese nun dogmatisch oder pragmatisch motiviert sein¹⁹. Das Gebot undoktrinären Verhaltens — selbst ja eine doktrinaire These — ist dem Grundgesetz nicht zu entnehmen. Die Weltanschauungs- oder die Wissenschaftsfreiheit (Art. 4 I, 5 III GG) wird nicht verletzt, wenn ein Gesetz das Ergebnis einer Ideologie oder Doktrin darstellt. Denn nur der Befehl des Gesetzes fordert Gehorsam; ein Bekenntnis zu seinem geistigen „Überbau“ wird nicht erzwungen, sondern steht weiterhin dem Zweifel, der Diskussion, der Ablehnung offen. Wenn das gesetzliche Kartellverbot der Ausdruck der neoliberalen Wettbewerbsideologie darstellt, so wird keinem Unternehmer das Credo der Freiburger Schule abverlangt; allerdings kann auch kein Unternehmer seine gesetzeswidrigen Wettbewerbsabreden damit verfassungsrechtlich legitimieren, daß er sich auf seine eigenen monopolfreundlicheren Welteinsichten und Forschungsergebnisse beruft²⁰.

cc) Krügers Lehre vom Ideologieverbot droht, das *politische* Element in der demokratischen Gesetzgebung völlig zu denaturieren. Das Verfassungsgebot zu pragmatischen Lösungen kann sich als Verfassungs-

weltanschaulichen Bindung des Rechtslebens in weltanschaulich differenzierter Kultur: *Gerber*, Grundlegung, S. 18/21.

¹⁹ In diesem Zusammenhang ist von der Staatlichkeit schlechthin die Rede, nicht von Neutralitätspflichten bestimmter Organe, die den *pouvoir neutre* im Gewaltenteilungssystem bilden.

²⁰ Diese Argumentationsweise lag den Verfassungsbeschwerden der Stadt Dortmund gegen das BSHG und das JWVG vom 21. 2. 1962 zugrunde. Entgegen Art. 4 GG habe der Gesetzgeber „eine bestimmte Lehre, das (übrigens mißverständene) Subsidiaritätsprinzip des thomistischen Naturrechts in einer konkreten Ausgestaltung für jedermann und insbesondere für die Gemeinden mit gesetzlicher Verbindlichkeit ausgestattet . . . , auch soweit die Staatsbürger nach ihrem Glauben und Denken sich nicht an diese so fixierte Lehre gebunden halten“ (so Verfassungsbeschwerde gegen das JWVG, S. 6; ähnlich die gegen das BSHG, S. 7/8). Nach *Lerche* (Verfassungsfragen, S. 130) und wohl auch *Scholz* (Wesen, S. 48) darf es dem Gesetzgeber zwar nicht verwehrt sein, „in auswählender Hand oder auch in breiterer Weise externe Ideologien in seiner Gesetzgebung zu realisieren“, wohl aber darf die Verantwortung für eine solche Ideologie nicht vom Staat nach außen auf die Gemeinden verschoben werden. Dieser „verschleierte“, „formenvertauschende“ Grundzug sei bedenklich. Hinter einem Schleier verborgen bleiben aber auch Sinn und rechtlicher Anknüpfungspunkt von *Lerches* Argumentation: Was rechtfertigt in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, die dem Bund nahezu jede Exekutivgewalt entzieht, die Beschränkung ideologisch motivierter Gesetze auf den Bereich, in dem der Bund sein Vorhaben „selbst durchsetzt“?

Vorsichtiger argumentiert *Herzog* (EvStL Sp. 2270) mit Bedenken aus der weltanschaulichen Neutralität gegen das Subsidiaritätsprinzip. Zutreffend: *Ule*, Rechtsgutachten, S. 29; *Küchenhoff*, G., NJW 1968, 435.

gebot zur Inkonsequenz auswirken, weil es übergreifende Ordnungsvorstellungen ausschließt, weil es dem demokratischen Gesetzgeber das Recht zu einer *Konzeption* entwendet, mit der er der Wirklichkeit begegnen könnte. Wenn das Politische nur eine Angelegenheit des technischen Sachverständes sein sollte, so wäre der Zusammenhang mit der Gesamtheit der wirkenden Kräfte der Gemeinschaft zerstört. Die Wahlen bildeten lediglich das Ausschreibungsverfahren zur Ermittlung der Machtingenieure, die dem Wahlvolk als dem Auftraggeber das günstigste Angebot machen. Vom Streit der Geister, in dem sich die Integration der Rechtsgemeinschaft vollziehen soll, wäre nichts zu erkennen.

Eine solche Deutung mag haltbar sein, wenn man das Politische allein aus der Sicht dessen betrachtet, der die „Politik als Beruf“ ausübt und um Teilhabe an der Macht kämpft (Max Weber)²¹, oder wenn man allein die äußere Konstellation des Freund-Feind-Verhältnisses als Lebensprinzip betrachtet (Carl Schmitt)²². Obwohl diese beiden psychologisch-soziologischen Aspekte des Politischen nicht aus wissenschaftlicher Prüderie verschleiert werden dürfen, bilden sie doch nur Aspekte. Wesentlicher ist jedenfalls seine gegenständliche Seite: die Aufgabe, um derentwillen die Macht ausgeübt und zu deren Durchsetzung die Macht angestrebt wird, das sachliche Ziel, um das im Freund-Feind-Verhältnis gekämpft wird. Nur wenn im Politischen der Streit um sachliche Konzeptionen gesehen wird, kann sein Zusammenhang mit dem Ganzen der Volksgemeinschaft erfaßt werden. Die politische Entscheidung ist die Resultante im Parallelogramm aller geistigen und realen Kräfte. Nicht nur technischer Sachverstand, sondern auch Meinung und Weltanschauung, Wissenschaft und Religion wirken in diesem Zusammenhang. Die Grundrechte, die diese Lebensäußerungen schützen, schirmen nicht nur eine Zone des Privaten ab, sondern bilden auch Medien der Integration; sie enthalten die Chance, innerhalb der demokratischen Spielregeln auf die Entscheidungen des Politischen einzuwirken²³. Politik bezeichnet somit den Prozeß, in dem sich der subjektive Geist in den objektiven

²¹ Vgl. Max Weber, *Wirtschaft*, 2. Hbd., S. 1043, 1058 und passim.

²² Vgl. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 3. A., Berlin 1933.

²³ Diese Einsicht hat vor allem die Integrationslehre erschlossen. Zu ihrer Grundrechtsdeutung s. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, bes. S. 265, 364; dens., *VVDStRL* 4 (1927), 44 ff.; dens., *ZEE* 6 (1962), 72; Gerber (FN 18), S. 14.

In diesem Zusammenhang steht auch Ehmkes Feststellung, daß eine Neutralisierung der Exekutive gegenüber den Mächten der Gesellschaft den Staat schwächen würde, wenn nicht die öffentliche Meinungs- und Willensbildung totalitär gedrosselt würde (Festgabe für Smend, S. 43). — Zur klärenden und legitimierenden Bedeutung der Auseinandersetzung der realen und geistigen Kräfte, die um die politische Macht kämpfen: *BVerfGE* 5, 85 (198, 379); vgl. auch Zippelius (FN 15); Loewenstein, *Verfassungslehre*, S. 69.

umsetzt²⁴. Ob diese grundrechtlich gebotenen Chancen wahrgenommen werden, hängt von der Lebenswirklichkeit ab. Das Verfassungsrecht jedenfalls steht pragmatischen wie dogmatischen Lösungen in gleicher Weise offen.

Die intellektualistische Neutralitätsforderung muß an der Wirklichkeit scheitern, die Dogma und Sachverstand, Ideologie und Interesse in unauflösbaren Abhängigkeiten zeigt — auch dort, wo die Abhängigkeiten nicht reflex gegenwärtig sind. Die voraussetzungslose Politik kann letztlich nur auf jener aufgeklärten Insel Utopia ihre Heimstätte finden, auf der sich auch ihre ältere Schwester, die voraussetzungslose Wissenschaft, angesiedelt hat.

Ergebnis

Wo das Grundgesetz keine Entscheidungen getroffen hat, hält es sich allen Lösungen offen, mögen sie pragmatischer Natur sein oder ideologischer Konzeption entspringen. Eine negative Entscheidung für die Nicht-Festlegbarkeit der Ordnung von Staat und Gesellschaft enthält das Grundgesetz nicht.

2. Der Vorrang des Staates

Die positive Antithese zur Subsidiarität der öffentlichen Gewalt bei der Wahrnehmung konkurrierender Zuständigkeiten bildet der Vorrang des Staates. Als Rechtfertigungsgründe kommen in Frage:

- a) die Souveränität,
- b) die Allzuständigkeit,
- c) die Integrationsaufgabe,
- d) die Sozialstaatlichkeit,
- e) einzelne Vorrangbestimmungen des Verfassungstextes.

²⁴ Die Bestimmung der Politik vom sachlichen Ziel her entspricht dem abendländischen Überlieferungszusammenhang von *Aristoteles* bis *Hegel*. In dieser Tradition bildet die Verwirklichung des Gemeinwohls die Aufgabe, der jedes Glied der staatlichen Gemeinschaft nachzugehen hat, wenn es seine Erfüllung als staatliches Wesen nicht verfehlen will: „Politeia nicht als Apparat und Organisation, sondern als Formen des öffentlichen Lebens, in denen alle Werkgestalten sich zu gemäßer Gesamtgestalt integrieren; als diese Form ist Politeia nie selbst leistend, sondern zu leisten und geleistet“ (*Max Müller*, Festschrift für Erik Wolf, S. 306; darin S. 285/308 die Auseinandersetzung des aristotelischen Politikverständnisses, das am Friedensziel ausgerichtet ist, mit den Gegenlehren *Gehlens* und *Carl Schmitts*, die auf die Kampfplage allein abstellen). Wichtige Momente der aristotelischen Lehre sind heute über die Integrationslehre *Smends* zurückgekehrt (dazu *Max Müller*, S. 306/309). S. auch u. FN 33).

a) *Souveränität*

aa) Souveränität bedeutet das „Zu-Höchst-Sein“ (Krüger)²⁵ ihres Inhabers. Sie bezeichnet die Spitzenstellung in der sozialen Hierarchie. Zugleich verleiht sie den Handlungen ihres Trägers die größte Durchsetzbarkeit und normative Kraft. Die staatliche Souveränität schafft also einen doppelten „Vorrang“ vor der Gesellschaft — in der Stufenleiter der Subjekte und in der Stufenleiter der normativen Akte²⁶.

Auf einer völlig anderen Ebene liegt aber der „Vorrang“ in der Entfaltung, um den es in diesem Zusammenhang geht²⁷. Hier wird gerade von dem eigentümlichen Höchststand der Staatlichkeit abstrahiert und auf die Vergleichbarkeit der Handlungen abgestellt. Ob in diesem Bereich dem Staat oder den staatsunterworfenen Gewalten der Primat des Handelns zukommt, ist unabhängig von der Stellung im sozialen Instanzenzug und der Rechtsqualität der Akte zu beantworten. Aus der Souveränität des Staates auf seine Vorrangkompetenz zu schließen, wäre letztlich eine *Metabasis eis allo genos*.

Jedenfalls gilt dies, soweit Souveränität als *normativer* Höchststand erfaßt wird.

bb) Wird sie allerdings *soziologisch* als die tatsächlich wirksamste Macht gedeutet²⁸, so könnte die Souveränität auch die größtmögliche Akkumulation von Aufgaben beim Staat rechtfertigen, weil damit auch das größtmögliche Durchsetzungsvermögen gegenüber den Bürgern und deren größtmögliche Staatsabhängigkeit gewährleistet wäre. Die Staatsgewalt wäre erst dann völlig unangefochten „souverän“, wenn sie jedweder individuellen Spontaneität den Entfaltungsraum entzogen hätte.

Das Grundgesetz hat diesen Weg nicht gewählt. Die Effizienz der Staatlichkeit wird grundsätzlich nur dadurch gewährleistet, daß ihr die

²⁵ Krüger, *Staatslehre*, S. 852. Vgl. im übrigen zur inneren Souveränität Nachw. o. § 35.

Voraussetzung der Argumentation ist, daß der Staat als ein von der Gesellschaft verschiedener Träger der Souveränität betrachtet wird.

²⁶ Nicht ganz eindeutig argumentiert Herzog (EvStL, Sp. 2269): Der Staat genieße „völlig unbestritten“ „den Vorrang vor allen anderen Gemeinschaften“ — es bleibt unklar, ob er damit die hierarchische Überordnung des Staates meint (eine Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips) oder den Vorrang im Handeln (die Antithese zum Subsidiaritätsprinzip).

²⁷ Art. 31 GG, der auf die höherrangige Rechtsqualität der zentralstaatlichen Akte abstellt, enthält deshalb kein Argument gegen die Annahme einer bundesstaatlichen Subsidiarität. Die gegensätzliche Regelung („Stadtrecht bricht Landrecht . . .“) würde eher die Hierarchie in Frage stellen, welche die Entfaltung von unten nach oben voraussetzt.

²⁸ Zur soziologischen oder realistischen Souveränitätslehre, deren Repräsentant vor allem Duguit gewesen ist: Dagtoglou, EvStL, Sp. 1984; Krüger (FN 25), S. 854/855 mit Nachw.

Mittel des obrigkeitlichen Zwangs ausschließlich vorbehalten sind und sie mit einseitigem Befehl in jeden Lebensbereich einwirken kann²⁹. Soweit der öffentlichen Gewalt darüber hinaus noch ein Instrumentarium der Intervention zur Verfügung steht, braucht dieses deshalb nicht zur Selbstbehauptung der staatlichen Macht eingesetzt zu werden, sondern dient Ordnungszwecken, die ganz anderer Legitimation entspringen.

cc) Die (innere) Souveränität des Staates verhält sich also zur Vorrangfrage indifferent.

b) Allzuständigkeit

Der anstaltlich verfaßte Staat, der mit höchster Entscheidungsgewalt die Fülle der Gemeinschaftsaufgaben zu bewältigen hat, muß umfassende Zuständigkeit haben (jedenfalls soweit es sich um weltliche Angelegenheiten handelt); die einzige Alternative zum allzuständigen Staat würde ein korporativistisches Gemeinwesen bilden³⁰. Jedoch bezeichnet die Allzuständigkeit nur eine Potenz³¹. Das Maß, in dem die Potenz aktualisiert wird, die Leitbilder, nach denen die Aktualisierung erfolgt, sind in dieser staatlichen Eigenschaft nicht bereits erfaßt. Je umfassender die Allzuständigkeit verwirklicht wird, um so näher rückt der totale Staat. Je fester das Maß der Verwirklichung gesetzt ist, je berechenbarer die Ausübung der Kompetenzen ist, um so stärker ist der Rechtsstaat ausgebildet.

Über die Rangordnung der Kompetenzausübung besagt die virtuelle Allzuständigkeit also nichts, vielmehr bildet sie erst die Grundlage für eine solche Rangordnung. Sie begründet nicht den Vorrang im Handeln und steht einer Subsidiarität nicht im Wege. Die Lehrsysteme Robert von Mohls und Georg Jellineks beweisen gerade, wie eine umfassende Subsidiarität des Staates in seiner umfassenden Zuständigkeit gründen muß³².

²⁹ S. o. § 34.

³⁰ Es ist kennzeichnend, daß *von Hippels* Angriffe gegen die Allzuständigkeit des Staates vom Boden eines ständestaatlichen Leitbildes aus geführt werden (vgl. *Staatslehre*, S. 240/252; weit. Nachw. o. § 28).

³¹ Vgl. *Krüger*, *Staatslehre*, S. 761.

³² S. o. §§ 12, 13. Die Bedenken *Herzogs*, das Subsidiaritätsprinzip bedrohe die grundsätzliche Geschlossenheit und Allzuständigkeit des Staates (*Der Staat* 2, 1963, 400), sind also unbegründet.

Allerdings soll nach *Messner* (*Naturrecht*, S. 298) das Subsidiaritätsprinzip die freie Gesellschaft gegen die Allzuständigkeit des Staates schützen, gemeint ist aber wohl die aktualisierte Allzuständigkeit.

Unerheblich ist letztlich auch das Maß der aktuellen Beanspruchung des Staates für die Möglichkeit einer rechtlichen Subsidiarität. Wenn *Ballerstedt* (GR III/1, S. 33) die Möglichkeit subsidiärer Funktionsbeschränkungen ablehnt, weil es in der gegenwärtigen vielseitigen Beanspruchung des Staates an jeder realen Voraussetzung fehle, so bejaht er am Ende doch selbst die staatliche Subsidiarität im Wirtschaftsverfassungsrecht (S. 55/56).

c) Integrationsaufgabe

aa) Seit Rudolf Smend der verfassungsrechtlichen Theorie das Verständnis des Staates als Integrationsvorgang erschlossen hat, muß der Staat nicht nur als Machtzentrum und als Organisationsgefüge zur Verwirklichung bestimmter Zwecke, sondern auch als Lebensinheit gesehen werden, in der die ständige Einbeziehung der einzelnen Glieder das staatliche Ganze erst wirklich macht³³. Da dieser Vorgang nicht nur ontisch vorhanden, sondern auch normativ gesollt ist, läßt sich als verfassungsrechtlicher Leitsatz postulieren, daß nur die Gemeinschaftstätigkeiten zulässig seien, die der Integration am wirksamsten dienen³⁴. Es fragt sich daher, ob nicht die Organe der Rechtsgemeinschaft in erster Linie zur persönlichen, sachlichen und funktionellen Integration berufen sind, ob ihnen nicht allgemein der Vorrang im Handeln zukommt und jede Beschränkung der Tätigkeit verfassungswidrige Desintegration ist³⁵.

bb) Gegen eine solche These erheben sich schon aus den inneren Voraussetzungen der Integrationslehre heraus Bedenken. Sie faßt den Staat als geschlossenen Kreis aller seiner Angehörigen auf und nimmt deshalb gar nicht zu Kompetenzausgrenzungen innerhalb dieses Kreises Stellung. Die Integration bildet in sich keine Kompetenz³⁶, sondern das Ziel und das Ergebnis einer sachbezogenen Kompetenzausübung. Die Staatsorgane haben weder ein Integrationsmonopol noch einen grundsätzlichen Integrationsvorrang, sind doch in den Prozeß der Gemeinschaftsbildung die

³³ Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), bes. S. 136/138, 187/233, und Art. Integration, in: EvStL (1966), Sp. 803/805. Dazu systematisch: Bartlsperger, R., Die Integrationslehre Rudolf Smends als Grundlegung einer Staats- und Rechtstheorie, Diss., Erlangen 1964, bes. S. 8/25, 33/57; Badura, Methoden, S. 184/190.

Die Integrationslehre Smends hat über die Vermittlung Theodor Litts einen Zug der *hegelianischen* Staatslehre erneuert. Die Wurzeln der Lehre von der Integration des Einzelnen in das politische Ganze reichen über Hegel hinaus in die *aristotelisch-thomasische* Tradition zurück (Hinweise: Max Müller, Festschrift f. Erik Wolf, S. 307). Das Verhältnis der Subsidiarität zum Thomismus s. o. §§ 4, 6, zum Hegelianismus s. o. § 8.

³⁴ Vgl. Smend, Verfassung, S. 189/190; Bartlsperger, Diss., S. 22.

³⁵ Diese These klang im Verfassungsstreit um die Subsidiaritätsbestimmungen des JWG und des BSHG mehrfach an: Die Beschränkungen der öffentlichen Hand nehmen nach Evers (Der Staat, 3, 1964, 60) der Verwaltung die Chance, im Dienst des Menschen Brücken zu bauen und zur Integration beizutragen. Nach Zacher (Freiheit, S. 124/132) fördern sie die Desintegration des sozialen Rechtsstaates und der Demokratie. Einen spezifisch kommunalrechtlichen Aspekt (die gemeindliche Integrationschance) wenden Köttgen (DÖV 1961, 6/7) und Lerche (Verfassungsfragen, S. 114/117) gegen die gesetzlichen Regelungen ein; ähnlich auch Scholz (Wesen, S. 90/91, 166, 168 und passim).

³⁶ Eine solche Blankett-Kompetenz zu sozialer und demokratischer Integration wird von Scholz (FN 35) den Gemeinden aus Art. 28 II GG zuerkannt und deshalb jedwede Funktionssperre für verfassungswidrig erklärt. Damit wird ein Einfallstor für kommunal-sozialistische und totalitär-demokratische Bewegungen in die institutionelle Verfassungsgarantie eingebaut.

Einzelnen wie die Verbände, die Kirchen wie die Parteien einbezogen³⁷. Aus dem Blickwinkel der Integrationslehre ist der Unterschied von Staat und Gesellschaft nicht vorhanden. Die Behauptung einer Vorrangkompetenz würde einen inneren Widerspruch in diese Theorie tragen³⁸.

Sie würde überdies zur Auflösung des Verfassungsrechts führen, das auf rechtsstaatlichen, föderalen und repräsentativ-demokratischen Zuständigkeitsverteilungen beruht; sie könnte, wenn sie die stärksten Machttträger zur Zuständigkeitskonzentration ermächtigte und von der Integrationsmöglichkeit auf die Befugnis zum Handeln schlosse, dem totalen Staat Vorschub leisten. Derartige kollektivistische Tendenzen sind der Doktrin aber nicht wesenseigen³⁹. Überdies ist fraglich, ob etatistische Lösungen sich in der politischen Wirklichkeit nicht gerade integrationshemmend auswirken, weil sie den Bürgern die Chance nehmen, sich spontan für die Angelegenheiten der Gemeinschaft zu engagieren, und die Integration als Polizeizwang zur Einheit mißdeuten.

Die Kategorie der Integration reicht somit nicht in den Bereich hinab, in dem die Frage nach Vorrang oder Subsidiarität auftauchen kann. Hier zeigt sich gerade die Einseitigkeit der Lehre Smends, die nur auf *einen* (den zentripetalen) Zug des dialektischen Gemeinschaftsprozesses abstellt und das Recht pluralistischer Vielfalt — den anderen Aspekt des Gemeinwesens — vernachlässigt. Dieser Aspekt ist aber hier allein maßgebend.

cc) Das Argument der Integration liefert also keine Aufschlüsse für eine Lösung.

d) Sozialstaatlichkeit

aa) Inhalt wie normative Kraft der Sozialstaatsklausel sind noch überaus umstritten⁴⁰. Obwohl heute niemand mehr diese Verfassungsbestim-

³⁷ Zu diesem Aspekt vgl. *Ehmke*, Festgabe für Smend, S. 42/47.

³⁸ Smend verwirft auch ausdrücklich, aus seiner Staatsauffassung Folgerungen für den ethischen Vorrang von Individuum oder Gemeinschaft zu ziehen (Verfassung, S. 125).

³⁹ Der Vorwurf, die Integrationslehre neige zu kollektivistischen Systemen, wird zwar von *Bartlsperger* (Diss., S. 45/46) abgewehrt, immerhin spricht er aber der Einbeziehung in kollektivistische Gesellschaftslehren auch nicht jede Berechtigung ab.

⁴⁰ Die wichtigsten Versuche, die *normative Bedeutung* der Sozialstaatsklausel zu erfassen, lassen sich folgendermaßen unterscheiden. Die Klausel gilt

- a) als „substanzieller Blankettbegriff“ „ohne praktisch bedeutsame Rechtswirkungen“ bei *Grewe*, DRZ 1949, S. 351;
- b) als „typusbestimmende Kennzeichnung“ des Staates, aber nicht als Rechtsbegriff bei *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 8/36 (Zitat S. 36) und Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 161;
- c) als „Staatszielbestimmung“ bei *Ipsen*, Über das Grundgesetz, S. 14; *dems.*, VVDStRL 10 (1952), S. 85; *Ballerstedt*, GR III/1, S. 50/60; *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 27/28, 36; *Gerber*, AöR 81 (1956), S. 29/32; *Thieme*, ZgesStW 113

mung als „substanzlosen Blankettbegriff“⁴¹ abwertet, so muß sie doch angesichts der vielfältigen unterschiedlichen Deutungen und Anwendungen als konturloser Allgemeinbegriff erscheinen. Unangefochten ist aber die Geltungsform als „Staatszielbestimmung“⁴², als Auftrag dazu, gerechte gesellschaftliche Verhältnisse (präventiv) herzustellen und Mißständen (repressiv) abzuhelpen⁴³. Der Kern aller sozialstaatlichen Postulate ist die gleichmäßige Förderung der Einzelinteressen und der Aus-

(1957), S. 294/299; *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 12/27; vgl. auch *BVerfGE* 22, 180 (204);

- d) als Programmsatz für den Gesetzgeber (ohne wirkliche Klärung der Frage, ob der Gesetzgeber rechtlich gebunden sei): v. *Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, S. 134; *Nawiasky-Leusser*, Verfassung, 1. A. zu Art. 3 BV, S. 79/80; *Wernicke*, BK Art. 20 II 1 d; *Maunz*, Staatsrecht, § 10 II 4;
- e) als bindende Norm für die Staatsorgane mit Außenwirkung bei: *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), S. 39/41; *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 382; *Gerber*, AöR 81 (1956), 30/31, 40 ff.; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 46; *dems.*, GG, Einf. S. 28; Art. 20/B 3 a; *Ule*, Gutachten, S. 8/9 mit Nachw.; *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft, S. 37; *Wolff*, Verwaltungsrecht III, § 138 I c;
- f) als Ermächtigung und Auftrag an den Gesetzgeber bei: *Abendroth*, Festschrift für Bergstraesser, S. 285/286; *Bachof*, (s. e); *Dürig*, JZ 1953, S. 196; *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 189/190; *Hesse*, Grundzüge, S. 84; *Ipsen*, VVDStRL 10 (1952), S. 74; *Stein*, Wirtschaftsaufsicht, S. 57; *Stern*, DÖV 1961, S. 328; *dems.*, EvStL, Sp. 2093; *Wolff*, Verwaltungsrecht III, § 138 I a; vgl. auch *BVerwGE* 20, 149 (153);
- g) als Grenze gesetzgeberischer Gestaltung bei: *Jürgens*, VerwArch 53 (1962), S. 121/124; *Rumpf*, Der ideologische Gehalt, S. 29; *Ule*, Gutachten, S. 8/9 mit Nachw.;
- h) als Auslegungsrichtlinie: *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 36; *Hamann*, GG, Art. 20/B 3 a; *Jürgens*, VerwArch 53 (1962), S. 121/124; v. *Mangoldt-Klein*, GG, Art. 20/VII 2 b; *Ridder*, Stellung, S. 3 ff.; *Thieme*, ZgesStW 113 (1957), S. 294/199; *Wolff*, Verwaltungsrecht III, § 138 I, 5;
- i) als soziale Bindung der individuellen Freiheit oder als ihr Richtmaß bei: *Dürig*, JZ 1953, S. 197; *Gerber*, AöR 81 (1956), 42 ff.; *Hamann*, GG, Einf., S. 29; *Fechner*, Freiheit, S. 14; *Hesse*, Grundzüge, S. 84; *Fischerhof*, DÖV 1960, S. 41; *Menger*, Begriff, S. 27; *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft, S. 37; *dems.*, Enneccerus-Nipperdey, I, 15/1 c; *Stein*, a.a.O., S. 57; *Wolff*, Verwaltungsrecht III, § 138 I a, d; *Wieacker*, Das Sozialmodell, S. 24/25; *Huber*, Rechtsstaat, S. 606/607;
- k) als Anspruchsgrundlage für Private: *Stern*, EvStL Sp. 2098; *Hamann* (s. e); *Dürig*, JZ 1953, S. 197/198 (Recht auf Elementarbefriedigung); *OVG Lüneburg* AS 4, 224 (225/226);
- l) als institutionelle Garantie des sozialrechtlichen status quo: *Lerche*, Übermaß, S. 231; *Rohwer-Kahlmann*, H., NJW 1960, S. 1645; *dems.*, Zur Rechtsnatur der Rentenversicherung der Arbeiter, Festschrift für Lenz, Berlin 1961, S. 339 (366); *Thieme*, ZgesStW 113 (1957), S. 294/299; *Weber*, W., Der Staat 4 (1965), S. 416; *Stern*, a.a.O., S. 57 (implicite); *Huber*, Rechtsstaat, S. 610/611.

⁴¹ So *Grewe*, DRZ 1949, S. 351.

⁴² S. o. FN 40 c).

⁴³ Vgl. etwa *Bachof* (FN 40 e); *Ipsen*, VVDStRL 10 (1952), S. 74; *Lerche* (FN 40), S. 231; *Menger* (FN 40), S. 30 (unter Hervorhebung des Staatszwecks der materialen Gerechtigkeit); *Wolff* (FN 40), § 138 I 1; *BVerfGE* 22, 180 (204).

gleich zugunsten der schwächeren Glieder der Gesellschaft⁴⁴. Das Richtmaß der sozialen Gerechtigkeit ist also die *materiale Gleichheit*.

In zwei Richtungen wirken die sozialstaatlichen Forderungen: als *Verpflichtung des Staates*⁴⁵ und als *Inpflichtnahme der Bürger*⁴⁶. Darin liegt kein Gegensatz, sondern eine zwingende Folgerichtigkeit. Wenn der Staat nach der Gleichheitsmaxime Lebensgüter zuteilen soll, die seiner ursprünglichen Verfügungsmacht nicht unterliegen und nach der Grundrechtsordnung auch nicht unterliegen können, muß er sie anderen entziehen und neu verteilen. Interventionen, die den sozialen Ausgleich anstreben, müssen das Ganze der Gesellschaft in gleichem Umfang begünstigen wie belasten.

Wenn die Verfassungsentscheidung für den Sozialstaat den Organen der öffentlichen Gewalt verbietet, sich in die sozialpolitische Nachwächterrolle des Frühliberalismus zurückzuziehen und die Verantwortung für das gesellschaftliche Wohl abzulehnen, so müssen sie deshalb nicht jedwede sozial bedeutsame Aufgabe in Regie nehmen. Der gesellschaftliche Ausgleich kann immer noch durch spontane Selbstregulierung auf der Grundlage des freiheitlichen Wettbewerbs und der am Äquivalenzprinzip orientierten Tauschgerechtigkeit erfolgen. Aber die private Spontaneität ist im Sozialstaat von vorneherein bereits objektiv auf die Gemeinschaft bezogen, ungeachtet aller subjektiven Motivationen. Aufgabe und Zielsetzung schaffen in diesem Bereich keinen grundlegenden Unterschied mehr. Im sozialen Rechtsstaat ist die Freiheit des Einzelnen sozial determiniert.

„Ein Rangverhältnis kann nicht zwischen Freiheit und Sozialbindung, sondern nur zwischen Freiwilligkeit sozialverpflichteten Verhaltens und staatlichem Zwang hierzu aufgestellt werden“ (Bachof)⁴⁷. Die heteronome, freiheitsbeschränkende Intervention des Staates kann auf zwei Wegen erfolgen: einmal, daß er die gesellschaftliche Spontaneität bestehen läßt und den Ausgleich dadurch erzielt, daß er Teile des Sozialproduktes ab-

⁴⁴ Der Ausgleich sozialer Gegensätze, die annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten, die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle, die in Not geraten sind — das sind einige der Konkretisierungen, die das BVerfGE für die Sozialstaatsklausel gefunden hat (vgl. E 1, 97 [105]; 9, 124 [131]; 10, 264 [270]; 22, 180 [204]). Die Ausgleichsfunktion klingt an in der Betonung des Schutzes Schwächerer: BVerwGE 18, 352 (355) — Studienbeihilfe; Hamann, GG, Einf., S. 30; Jürgens, VerwArch 53 (1962), S. 143; Nipperdey (FN 1, e), S. 38. Zur Gleichheit im Sozialstaat grundlegend: Heller, H., Rechtsstaat oder Diktatur? Tübingen 1930, bes. S. 8/10. Vgl. auch Abendroth (FN 40), S. 287; Stein, S. 56/57; Huber (FN 40), S. 603/605, 608.

⁴⁵ s. o. die Nachweise FN 40 e), f), k).

⁴⁶ Verfassungsrechtlicher Ausdruck ist die sozialetische Forderung des Art. 14 II GG. — Vgl. Nachw. o. FN 40 i).

⁴⁷ Bachof (FN 40), Leits. 7 (s. auch S. 45 ff., 66); ähnlich Fechner (FN 40), S. 16/18.

schöpft und neu verteilt, dann, daß er selbst die Güter erzeugt und als originärer „Leistungsträger“ die garantiert gleichartige Konfektionsware den Bürgern verabreicht.

Es lassen sich also drei Stufen des sozialstaatlichen Ausgleichs unterscheiden:

1. die gesellschaftliche Selbstregulierung auf der Basis der *iustitia commutativa*;
2. die staatliche Lenkung gesellschaftlicher Spontaneität und Umverteilung der Lebensgüter auf der Basis einer *iustitia re-distributiva*;
3. die Ausschaltung aller privaten Unternehmerinitiative durch Daseinsvorsorge in staatlicher Regie, die eine originäre *iustitia distributiva* ermöglicht.

Diese Skala idealtypischer Gestaltungsformen⁴⁸ zeigt das Maß der individuellen Freiheit und der staatlichen Reglementierung an.

bb) Alle diese Formen sind mit der Sozialstaatsbestimmung vereinbar. Fraglich bleibt nur, welche *Rangfolge* unter ihnen besteht.

a) Dafür, daß in dieser konkurrierenden Zuständigkeitsordnung der Staat die Vorrangstellung innehalten soll, spricht die These, daß die *Daseinsvorsorge* dem Staat vorbehalten sein müsse, zumindest soweit es um existenzwichtige Leistungen gehe⁴⁹. Die Auffassung, in die Tat umgesetzt, müßte die gesellschaftliche Wirklichkeit revolutionieren und zu einer umfassenden Sozialisierung führen; außerhalb der „Luxusgüterindustrie“ und einiger kultureller Bereiche würde den Grundrechtsträgern allenfalls die Rolle des Monopoleränzungsberufs belassen. Aus der Daseinsvorsorge den Vorrang des staatlichen Handelns abzuleiten, würde bedeuten, daß ein einseitig ausgedeuteter, unscharfer Begriff in eine allgemeine Formel der Verfassung projiziert und damit das Gefüge ihrer klar ausgebildeten grundrechtlichen Institutionen praktisch auf-

⁴⁸ Vgl. auch die anders eingeteilte Skala der Übergänge von Privaten auf den Staat in der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bei Peters, Festschrift für Nipperdey II, S. 878/879.

⁴⁹ Der öffentlichen Hand wird (zumindest implizite) der Vorrang oder sogar die ausschließliche Kompetenz zur Daseinsvorsorge zuerkannt

— so zur Rechtfertigung des staatlichen Monopols für Arbeitsvermittlung: *BGHSt* 17, 137 (142);

— so zur Rechtfertigung kommunaler Versorgungsbetriebe: *BayVerfGH* 10, 113 (120/125); *Masson*, BayVbl. 1956, 327/329; *Hüttl*, BayVbl. 1956, 324/327 und DÖV 1958, 198/201; *Zeiß*, DÖV 1958, 201/205; ders., HbKWP III, 618; *Fröhler*, BayVbl. 1956, 139/140. Im Ergebnis wohl ähnlich: *Köttgen*, Die Gemeinde, S. 58, und DJT-Festschrift I, S. 587. — Ablehnend gegenüber der Befugnis zu unbeschränkter Daseinsvorsorge: *Dürig*, BayVbl. 1959, 203; ders., M—D, Art. 19 III/47, S. 31, FN 40; *Eiser-Riederer*, Energiewirtschaftsrecht, München 1958, VIII Vorbem. 1 b); *Fischerhof*, DÖV 1960, 42/45; *Stern*, BayVbl. 1962, 130/132; *Depenbrock*, Die Kommunen, S. 62/63.

gehoben würde. Die Daseinsvorsorge kann der Staatszielbestimmung des Sozialstaats materialen Gehalt verleihen⁵⁰, eine Vorrangkompetenz des Staates vermag sie dagegen nicht zu begründen. Wenn die Daseinsvorsorge überhaupt ein Argument für die Rangfrage liefern kann, so spricht sie — als Folge der soziologischen und normativen Tendenzen, die der Begriff in sich schließt — für die Subsidiarität des Staates⁵¹.

Die soziale Staatszielbestimmung, die durch die Aufgabe zur Daseinsvorsorge konkretisiert wird, gibt keine Auskunft über den Weg zu ihrer Verwirklichung⁵². Daß aber die staatliche Kompetenz von der Art ihrer Wahrnehmung und die staatliche Verantwortung für eine Aufgabe von der Verstaatlichung dieser Aufgabe scharf getrennt werden, ist die Grundvoraussetzung der auf Funktionsausgrenzung beruhenden bundes- und rechtsstaatlichen Ordnung⁵³.

β) Wenn man davon ausgeht, daß jedes private Engagement für das (sozialstaatliche) Gemeinwohl auf *Freiwilligkeit* beruht, somit jederzeit zurücknehmbar ist und ein labiles Moment enthält, daß dagegen der Staat unentrinnbar verfassungsrechtlich an das öffentliche Interesse gebunden ist, daß die *Ständigkeit seiner Existenz* überdies allein Dauer im Wechsel verbürgt, so liegt die These nahe, daß dem Staat in der Daseinsvorsorge und allen sozialstaatlichen Vorkehrungen der Vorrang gebühren müsse⁵⁴.

Die Lösung des Problems hängt davon ab, ob das Grundgesetz schlechthin der privaten Initiative mißtraut und ihr die ordnungsstiftende Kraft abspricht. Der Sozialstaatsklausel allein ist jedoch nicht mehr zu entnehmen als die Erkenntnis, daß die private Initiative allein die gerechte Ordnung nicht hervorzubringen vermöge. Die abstrakte Formel des Grundgesetzes gibt nicht die sozialistischen Vorstellungen vom Vorrang

⁵⁰ Diesen Weg beschreitet *Badura*, DÖV 1966, 624/633.

⁵¹ In der Literatur hat die Auffassung weithin Anerkennung gefunden, daß die Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand nur subsidiär eintreten dürfe oder daß sie bereits begrifflich eine nur ergänzende Aufgabe bezeichne. Nachw. o. § 26.

⁵² So deutlich *BVerfGE* 22, 180 (204): „Art. 20 I GG bestimmt nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.“

⁵³ So entbindet die Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74/11 GG) den Bund nicht von einer mehrfachen Rücksichtnahme — auf die Länder in ihrer Gesetzgebungshoheit (Art. 72 II GG) und Verwaltungshoheit (Art. 30, 83/90 GG), sowie auf die einzelnen Grundrechtsträger (vor allem Art. 12 I und 14 GG).

⁵⁴ Diese These klingt bei *Krüger* an (*Allgemeine Staatslehre*, S. 770/771): die Ständigkeit staatlicher Existenz gebietet es, möglichst vielseitige Interventionsmittel bereitzuhalten; Staatsvorbehalte in der Wohlfahrtspflege seien durch den positiven Einfluß auf das Verhalten Privater gerechtfertigt. Vgl. auch o. §§ 26, 34.

der Gemeinschaft wieder⁵⁵ — sie würde überfordert, wollte man ihr derart konkrete Entscheidungen abverlangen. Im übrigen hat die Wirtschafts- und Berufsgesetzgebung ein reiches Instrumentarium entwickelt, um bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private die Privatautonomie sachgerecht zu lenken, ohne sie aufzuheben⁵⁶.

7) Der Vorrang des Staates wird auch nicht durch das einzige spezifische Sozialstaatsinstrument im Grundgesetz, durch den *Sozialisierungsartikel* gerechtfertigt. Art. 15 GG sieht nur die Möglichkeit („kann“) vor, daß die private Verfügungsmacht über Produktionsfaktoren in kollektive überführt wird. Selbst wenn diese Möglichkeit eine Beliebigkeit in sich schließen sollte, wäre damit nur ein Gesichtspunkt dafür gewonnen, daß das Grundgesetz sich zur Rangfrage indifferent verhalte. Der systematische Zusammenhang mit der Enteignungsbestimmung spricht aber eher dafür, daß das gesetzgeberische Ermessen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden sollte: Wenn schon die Individualenteignung nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ erfolgen darf, dann erst recht die umfassende Umwälzung der wirtschaftlichen Ordnung. Wenn schon die Entschädigungsregel verlangt, daß auch Interessen der „Beteiligten“ mit zu würdigen seien (Art. 15/2 mit 14 III 3 GG), so sollten diese Interessen auch bei den Voraussetzungen der Sozialisierung abgewogen werden. Und die Interessen der „Allgemeinheit“ können nur aus dem Wesen einer freiheitlichen Grundordnung heraus begriffen werden, die in den liberalen Grundrechten akzentuiert worden ist⁵⁷. So liefert Art. 15 GG sogar ein Argument für die These, daß nur der Subsidiaritätsfall die Sozialisierungsreife auslöse und deshalb der Sozialstaat von Verfassungen wegen nur subsidiär tätig werden dürfe⁵⁸.

⁵⁵ Deutlich wird die Sozialstaatsklausel gegenüber sozialistischen Staatsvorstellungen abgehoben bei *Dürig*, JZ 1953, 196; und *Stern*, EvStL Sp. 2096. *Stern* (Sp. 2095) betont eigens, daß der Sozialstaat der Eigeninitiative des Bürgers und der nichtstaatlichen Gruppen nicht mißtraue.

⁵⁶ Beispiele dafür, wie Stetigkeit und Verlässlichkeit in freier Berufsausübung gesetzlich gewährleistet werden können, liefern etwa die Betriebspflichten der Energiewirtschaftsunternehmen und Apotheken — vgl. *EnergG* v. 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1451), *ApothG* v. 20. 8. 1960 (BGBl. I S. 697).

⁵⁷ Die Sozialisierung setzt nach heutiger Auffassung „Sozialisierungsreife“ voraus — es muß um die Ausräumung konkreter Mißstände gehen, die auf andere Weise nicht zu beheben sind (*Krüger*, H., *Sozialisierung*, GR III/1, S. 285); so kann übermäßige wirtschaftliche Konzentration die Sozialisierungsreife begründen, nicht aber etwa ein fiskalisches Motiv — die Gesamtheit der freiheitlichen Grundordnung ist zu beachten (vgl. *Hamann*, GG, Art. 15/B 2; *Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* II, S. 150/156; *Ipsen*, *VVDStRL* 10, S. 107/108; a. A. *Bettermann*, *Festschrift für Hirsch*, S. 16/18).

⁵⁸ *Herzogs* Versuch, aus Art. 15 GG ein Argument gegen die Verfassungskraft des Subsidiaritätsprinzips zu gewinnen (*Der Staat* 2, 1963, S. 415), scheitert also. Wie *Herzog*: *Vogel*, K., *Die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Verwaltungsträger in Handel und Industrie und ihre rechtliche Regelung*, in: *Deutsche Landesreferate zum VII. Intern. Kongreß für Rechtsvergleichung in*

δ) Dagegen spricht die Auffassung, daß die Sozialstaatsklausel die vorhandenen Einrichtungen der sozialen Sicherheit wenigstens in ihren Grundzügen *institutionell gewährleiste*⁵⁹, für den Vorrang des Staates, da sie als unausweichlich unterstellt, daß der „soziale Fortschritt“ mit dem Verlust an individueller und gesellschaftlicher Freiheit erkaufte werden müsse, und damit die Möglichkeit verstellt, daß bei geänderten Verhältnissen das soziale Sicherungssystem (vor allem in der Sozialversicherung) abgebaut und in private Hände zurückgegeben werden kann. Eine solche institutionelle Garantie schafft im Ergebnis einen wachsenden Bestand an Staatsvorbehalten und schirmt sie gegen Reprivatisierung ab — gewissermaßen als Gegengrundrecht des Staates gegen die Gesellschaft⁶⁰.

Die Sozialstaatsklausel kann jedoch nicht zu einer Einrichtungsgarantie normativ verdichtet werden. Die Verfassungsbestimmung enthält im wesentlichen nur einen Appell an den Gesetzgeber und die Verwaltung⁶¹. Die Sozialgesetzgebung findet in der Verfassung zwar eine Rechtfertigung, aber sie gelangt damit selbst nicht zu Verfassungsrang. Die normative Wirkung der Staatszielbestimmung erschöpft sich darin, Leitbild des Ermessens der Staatsorgane zu sein, dem Ermessen äußerste Grenzen zu setzen: Sie hält sich deshalb auf solcher Abstraktionshöhe, weil sie dem jeweiligen Anruf der geschichtlichen Stunde offen bleiben will. Sie kann sich wesensmäßig nicht mit ihren gesetzlichen Vergegenständlichungen identifizieren. Der Sozialstaat bildet eine ständig neu zu bewältigende Aufgabe, niemals eine endgültige Lösung. Die Appelle der Sozialstaatsklausel gehen auf die Forderung des gesellschaftlichen Wohls in der jeweiligen Lage. Sie haben nicht nur konservierende Tendenzen auf Sicherung des Erreichten, sondern auch polemische auf Änderung des Bestehenden und Schaffung neuer Formen der sozialen Gerechtigkeit⁶².

Uppsala 1966, Berlin 1967, S. 461 (469); *Rüfner*, Formen, S. 212. Die Gegenthese (Art. 15 GG als Erscheinung des Subsidiaritätsprinzips) vertritt mit wesentlich besseren Gründen *Bernzen*, Diss., S. 71/72; ähnlich auch *Depenbrock* (FN 50), S. 72/73, und *Fischerhof*, DÖV 1960, 45. Ein Argument gegen das von Quadragesimo anno entworfene Prinzip liefert die Sozialisierungsmöglichkeit übrigens schon deshalb nicht, weil dieselbe Enzyklika unter bestimmten Voraussetzungen gutheißt, daß gewisse Arten von Gütern der öffentlichen Hand vorbehalten bleiben sollen (n. 114).

⁵⁹ Nachw. s. o. FN 40 l). — Die Lehre von der sozialstaatlichen Einrichtungsgarantie wird abgelehnt von *Ridder* (Gewerkschaften, S. 10) und *Wolff* (FN 40), § 138 I c 2). Auch *Forsthoff* (VVDStRL 12, 1954, S. 27/29) spricht dem Sozialstaat grundsätzlich die institutionelle Bedeutung ab.

⁶⁰ So kann sie sich als verfassungsrechtlicher Besitzschutz der Sozialversicherung gegenüber privaten Versicherungen auswirken. — Der Schutz des Einzelnen in seiner sozialen Bedürftigkeit kann ohnehin nicht auf diesem Wege, sondern nur durch individuelle Grundrechte (besonders des status positivus) erfolgen.

⁶¹ Nachw. s. o. FN 40 d), e), f), g).

⁶² Vgl. *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 35: Die polemische Tendenz des Sozialstaates mache jede für das Recht brauchbare Fixierung des Sozialen

Die institutionelle Garantie ist notwendig defensiv, reaktionär an einen rechtlichen oder realen status quo gebunden. Der elastischen Sozialstaatsklausel ist eine solche starre Erscheinungsform auf Verfassungsebene fremd.

f) Daß der Sozialstaat grundsätzlich *keine subjektiven Rechte* schafft und die Subventionsforderungen grundrechtlich sanktioniert⁶³, liefert keine Aufschlüsse über die Rangverteilung des Handelns. Diese Zuständigkeitsfrage kann nur durch eine Norm des objektiven Rechts beantwortet werden, so schwer diese Feststellung auch bei den herrschenden Tendenzen der gegenwärtigen Rechtsordnung einleuchten mag, die bereits als „universe of claims“ apostrophiert worden ist⁶⁴. Subjektive Rechtsgarantien könnten die Grundsatzentscheidung nicht darstellen, sondern allenfalls ergänzen⁶⁵.

cc) Die Sozialstaatsklausel liefert also kein Argument für den Vorrang des Staates. Das kann bereits bei isolierender Betrachtung dieser Bestimmung festgestellt werden, ohne daß es des Rückgriffs auf die rechtsstaatlichen Elemente der Verfassung bedürfte.

e) Einzelne Vorrangbestimmungen des Verfassungstextes

Der Vorrang des staatlichen Handelns kann als ungeschriebene Verfassungsnorm hinter Einzelregelungen des Grundgesetzes stehen und sich im Wege des Induktionsschlusses erschließen lassen⁶⁶.

unmöglich. Vgl. auch *Ridder* (FN 59): Verweis auf Wechsel der sozialen Erfordernisse.

⁶³ Grundsätzlich wird die Möglichkeit verworfen, die Sozialstaatsklausel als Grundlage von materiellen subjektiven Rechten anzusehen: vgl. *BVerfGE* 1. 97 (104/105); v. *Münch*, JZ 1960, 304; s. aber Nachw. o. FN 1k). Allgemein: *Tomandl*, T., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen 1967.

⁶⁴ Vgl. *Ehmke*, *Wirtschaft*, S. 17.

⁶⁵ Zu Recht zieht *Wolff* (*Verwaltungsrecht* III, § 138 IIc) daraus, daß der Sozialstaat keine Grundlage für Subventionsansprüche bietet, keinen Schluß gegen die Geltung des Subsidiaritätsprinzips, sondern nur gegen seine Fehldeutung durch Interessenverbände. An diese Fehldeutung knüpft auch die Polemik *Herzogs* (*Der Staat* 2, 1963, S. 411/417; und *EvStL*, Sp. 2268/69) an, der die Auflösung der staatlichen Finanzhoheit durch „naturrechtlich geadelte“ Subventionsansprüche befürchtet. Für die Frage des Kompetenzvorranges sind die Unterstützungsansprüche (auch die des BSHG und JWG) nicht ausschlaggebend. Vgl. auch o. §§ 5, 14. Von einer Fehlinterpretation des Subsidiaritätsgedankens („positive Subsidiarität“ als subjektives Recht auf Unterstützung) geht *Schütz* aus (*Diss.*, S. 74/75) und kann folgerichtig die „positive Subsidiarität“ nur indirekt in der Sozialstaatsklausel verwirklicht finden. Vgl. auch *Möller*, *Subventionsverwaltung*, S. 162, 164, 198, 199.

⁶⁶ In seiner Polemik gegen die Analogieketten einiger Befürworter des verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (s. u. Bibliographie vor § 49) versucht *Herzog* (*Der Staat* 2, 1964, 413/415; ähnlich *EvStL*, Sp. 2270/2271) eine Gegenanalogie zu bilden, die zwar wesentlich nur die Freiheit der öffentlichen

aa) Als Grundlage einer solchen Analogie kommt Art. 7 GG in Frage⁶⁷. Der Vorrang, den das öffentliche Schulwesen vor dem privaten in der Verfassungswirklichkeit ausübt, deutet sich auch in der normativen Regelung an⁶⁸. Art. 7 IV GG schafft zwar auf dem Gebiet des Privatschulwesens ein Grundrecht und eine institutionelle Garantie und gewährt damit der gesellschaftlichen Freiheit einen Entfaltungsraum gegenüber staatlichen Monopolbestrebungen⁶⁹. Die Privatschulfreiheit kann sich aber nur in vollem Umfang auswirken, wo die gesellschaftlichen Bildungsstätten nach ihrem Lehrprogramm bloß ergänzend neben die staatlichen treten, also keine Konkurrenzwirkungen auslösen (Ergänzungsschulen). Wo sie sich dagegen auf demselben Gebiet betätigen (Ersatzschulen)⁷⁰, unterliegen sie dem Genehmigungszwang (Art. 7 IV 2 GG). Zwar räumt das Grundgesetz ein materielles subjektives Recht auf Genehmigung ein, wenn die Privatschulen unter bestimmten Rücksichten den öffentlichen gleichwertig sind. Die Gleichwertigkeit begründet aber nicht etwa den Vorrang der Ersatzschule, sondern schafft nur die Voraussetzungen der Existenzberechtigung. Noch strenger sind die Anforderungen an private Volksschulen: hier muß eine spezifische Qualität der

Hand in der Gestaltung ihrer Sozialbeziehungen darlegen, aber auch annäherungsweise eine Vorrangmaxime aufweisen soll. Als Argumente dienen staatsorganisatorische Bestimmungen (dazu u. §§ 49/51), der Sozialisierungsartikel (s. o. § 40), die Einschränkung der Berufsfreiheit (s. u. §§ 58, 59), das Vorhandensein der staatlichen Vermögensmasse (arg. Art. 134/135 GG), die Zulässigkeit von Finanzmonopolen und das Fehlen eines Privatisierungsauftrages (s. u. § 58).

⁶⁷ Barion (Der Staat 3, 1964, 15/16) sieht in Art. 7 IV GG eine Negierung des Subsidiaritätsprinzips zwischen Staat und Privatschulträgern. Der Terminus „Ersatz“ schließe eine echte Subsidiarität begrifflich aus. Ähnlich Scholz, Wesen, S. 170.

In diesem Zusammenhang geht es nur um das Verhältnis der öffentlichen und privaten Schulträger zueinander. Das Verhältnis der Regelungskompetenzen von Staat und Gemeinden liegt auf einer anderen Ebene; wenn Maunz (M—D, Art. 7/Rdnr. 24) in dieser Relation zu Recht den Gemeinden die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip versagt, weil Art. 7 I GG dem Staat die Entscheidung vorbehalten habe, so ist damit über den Vorrang der öffentlichen Gewalt als Schulträgerin nichts ausgesagt.

⁶⁸ Den Vorrang des öffentlichen Schulwesens vor dem privaten sehen Grewe, W., DÖV 1950, 34; Heckel, H., DÖV 1950, 4; Wernicke, BK, Art. 7/II 4 b; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 7/VI 1, 5; Schütz, Diss., S. 119/123.

Ebenso bereits Anschütz (Verfassung, Art. 143 WRV/Anm. 1): „... das kulturpolitische Ziel einer möglichst vollkommenen Jugendbildung ist in erster Linie — nicht bloß ergänzungs- und aushilfsweise, sondern von vorneherein und grundsätzlich — durch das Mittel öffentlicher Schulen anzustreben.“ Dagegen wird die These, der Vorrang sei durch Art. 7 IV 1 GG durchbrochen worden, vertreten von Peters, GR IV/1, S. 428/429; Heckel, H., Privatschulrecht, Köln 1955, S. 41, 228. Peters (AfK, 1967, S. 9/10) sieht die Schularten als gleichberechtigt an, lehnt aber ab, aus Art. 7 V GG die Subsidiarität der öffentlichen Schule zu folgern.

⁶⁹ Vgl. Maunz, M—D, Art. 7/Rdnr. 64; Peters, GR IV/1, S. 431/432.

⁷⁰ Zum Recht der Ergänzungs- und Ersatzschulen: Heckel (FN 68), S. 46/50, 267/305; Maunz (FN 69), Art. 7/73, 83.

privaten Lehranstalt gegenüber der öffentlichen hinzutreten, damit sie überhaupt zugelassen werden kann (Art. 7 V GG). Private Volksschulen, die im pädagogischen Ziel und in der weltanschaulichen Prägung gleichartig sind, werden überhaupt nicht gestattet. Die Stellung des staatlichen Volksschulwesens nähert sich damit dem Monopol. Damit sprechen gewichtige Gründe dafür, daß der staatliche Schulträger generell den normativen Vorrang vor dem privaten genieße und eine Subsidiarität *zugunsten der höheren Einheit* statuiert sei.

Doch erheben sich gegen diese These Bedenken. Dem Staat ist die Bildungsaufgabe in einer langen Entwicklung zugewachsen; weithin ist er dabei nur ergänzend für gesellschaftliche (vor allem kirchliche) Einrichtungen eingetreten⁷¹. Auch aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips könnte das staatliche Übergewicht im heutigen Schulwesen nicht gerügt werden, hat doch allein der Staat die Mittel, um ein umfassendes Unterrichtssystem aufrechtzuerhalten. Sinn des Genehmigungserfordernisses (Art. 7 IV 2 GG) ist überdies nicht, die öffentlichen Schulen vor privater Konkurrenz zu schützen, sondern dem Schutz des Publikums zu dienen⁷²; eine Bedürfnisprüfung ist deshalb unzulässig⁷³. Privatschulfreundlichere Regelungen des Landesrechts sind nicht ausgeschlossen⁷⁴. Eine effektive Gleichstellung der Privatschulen wird dann erreicht, wenn ihren Trägern mit einer beachtlichen Lehrmeinung ein Subventionsanspruch kraft Verfassungsrechts eingeräumt wird⁷⁵.

Vorwiegend etatistisch ist allein die Regelung des Volksschulwesens (Art. 7 V GG) ausgerichtet. Hier wirkt mit nahezu unverminderter Kraft das Ideal der staatlichen „Einheitsschule“ weiter, das seit friederizianischen Zeiten, vor allem seit den preußischen Reformen die Schulpolitik beherrscht⁷⁶. Polizeistaat wie Demokratie haben im allgemeinen Schulzwang wie in der allgemeinen Wehrpflicht die wirksamsten Machtinstrumente zur gleichschaltenden Erziehung ihrer Untertanen gesehen. Schulzimmer und Kasernenhof, die Stätten der Disziplinierung und Uniformierung, haben für alle Bürger gleich zu sein⁷⁷. Es geht weniger um sozial-

⁷¹ Zur geschichtlichen Verstaatlichung des Schulwesens: Jellinek, G., Staatslehre, S. 259; Heckel (FN 68), S. 13/17.

⁷² Vgl. Maunz (FN 69), Art. 7/Rdnr. 73.

⁷³ So Heckel (FN 68), S. 231; Peters, GR IV/1, S. 437; Maunz (FN 69), Art. 7/Rdnr. 82.

⁷⁴ Vgl. Maunz (FN 69), Art. 7/Rdnr. 79. Allerdings müßte der Schutzzweck des Art. 7 IV GG (s. FN 73) der Liberalisierung Grenzen setzen.

⁷⁵ Dazu Gallwas, H. U., Die Privatschulfreiheit im BGG, Heidenheim 1963, S. 67/69; Hamann, GG, Art. 7/B 11; Heckel (FN 68), S. 253/257; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 7/VI 8.

⁷⁶ Zu den schulpolitischen Bestrebungen der preußischen Reformzeit: Schnabel, F., Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert II, 2. A. Freiburg 1949, S. 342/365.

⁷⁷ Das Verbot, in einer Vorschule von vorneherein Kinder auszusondern

staatliche Nivellierung als um staatsbürgerliche Egalisierung. Wenn das Grundgesetz trotzdem das staatliche Volksschulmonopol durch die begrenzte Zulassung von Privatschulen auflockert (Art. 7 V GG), so will es damit nicht dem Pluralismus der gesellschaftlichen Machtgruppen Entfaltungsmöglichkeiten gewährleisten, sondern nur Rücksicht auf die individuelle Weltanschauungsfreiheit und das individuelle Elternrecht üben⁷⁸.

Der staatliche Primat, der sich in Art. 7 V GG auswirkt, reicht aber nicht über diese Bestimmung hinaus und erfaßt somit noch nicht einmal das ganze Schulwesen. Erst recht eignet er sich nicht, den allgemeinen Vorrang des staatlichen Handelns zu rechtfertigen.

bb) Vorrangregelungen werden außerdem in den Kompetenzbestimmungen gesehen, die sich auf staatliche *Finanzmonopole* beziehen (Art. 105 I, 106 I, 108 I GG)⁷⁹. Die staatlichen Monopole erfassen Tätigkeiten, die ihrem Wesen nach auch Privaten zugänglich sein könnten, die also nicht a priori dem Staat vorbehalten sind⁸⁰. Vollends stimmen die Finanzmonopole in ihrer Zielsetzung, dem Gewinnstreben, mit der Wirtschaftstätigkeit Privater überein und heben sich damit von den Verwaltungsmonopolen ab, die an einer öffentlichen, dem Staat wesensgemäßen Aufgabe ausgerichtet sind⁸¹. Die Finanzmonopole entziehen den Grundrechtsträgern Tätigkeitsgebiete, die sonst der verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit offenständen und die Chance zur Bildung grundgesetzlich geschützten Eigentums böten. Aus der Sicht des Art. 12 I GG bilden Finanzmonopole nicht bloß eine objektive Zulassungsschranke, sondern ein absolutes Berufsverbot für Private⁸².

(Art. 7 VI GG) und nach den Besitzverhältnissen der Eltern zu differenzieren (Art. 7 IV 3), läßt die Homogenisierungstendenz der Verfassung erkennen. Nach *Heckel* (FN 68, S. 290) geht es darum, die Kinder aller Schichten zusammenzufassen.

⁷⁸ Vgl. *Peters*, GR IV/2, S. 438. — Völlig unberührt von dieser Frage ist das Problem, welche Auswirkungen Art. 4 I und 6 II GG für die weltanschauliche Prägung der öffentlichen Regelschule haben. Dazu *Obermayer*, Gemeinschaftsschule, bes. S. 22/35.

⁷⁹ Vgl. die Argumentation *Herzogs* (FN 66).

⁸⁰ S. o. § 34 (Nachw. FN 71).

⁸¹ So die Begriffsbestimmungen des Finanzmonopols bei *Bühler*, O., Art. 105/II 2 b; *Hamann*, GG, Art. 105/B 3; *Maunz* (FN 69), Art. 105/Rdnr. 18; *Wacke*, G., Das Finanzwesen der BR, o. O. 1950, S. 19 (auf den Gegensatz zum Wirtschaftsmonopol bezogen).

⁸² Als Einschränkung des Art. 12 I GG wird das (Finanz- und das Verwaltungs-) Monopol erkannt von *Ballerstedt*, GR III/1, S. 82/83; *Jesch*, DÖV 1962, 429; *Schick*, DÖV 1962, 932/933; *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 399; *Thieme*, JZ 1961, 280/284; *Hoffmann*, DVBl. 1964, 460 (auch beim faktischen Monopol); *Maunz* (FN 69), Art. 105/Rdnr. 22 („die stärkste Zulassungsdrosselung, die denkbar ist“); *Leisner*, Werbefernsehen, S. 42/44; *Rings*, W., NJW 1957, 757; *Vogel*, H., BB 1962, S. 682/683; *BGHSt* 17, S. 137 (zum Monopol der Arbeitsver-

Obwohl das Grundgesetz nicht ausdrücklich die Zulässigkeit der Finanzmonopole hervorhebt, sondern nur die Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungszuständigkeiten darüber regelt, müssen die Monopole wenigstens soweit als verfassungsmäßig angesehen werden, wie sie das Grundgesetz bereits vorgefunden hatte; denn es würde dem Verfassungsgeber ein Widerspruch unterstellt, wollte man anerkennen, daß er an einer Stelle Kompetenzen zugewiesen, an anderer Stelle aber ihre Ausübung verboten hätte. Damit bleibt allerdings noch die Frage offen, ob die formale Kompetenz allein dem Gesetzgeber erlaubt, beliebig neue Finanzmonopole zu schaffen, ohne daß die materiellen Voraussetzungen vorliegen müßten⁸³. Würde diese Möglichkeit zutreffen, so böte das System der wirtschaftlichen Freiheitsrechte eine offene Flanke gegenüber der staatlichen Monopolisierung; während die schwächeren Eingriffe in Berufsausübung und -wahl an strenge sachliche Voraussetzungen geknüpft wären, würde der intensivste Eingriff nur durch eine formale Kompetenz gerechtfertigt.

Bei der Abwägung zwischen den Grundrechten, besonders dem des Art. 12 GG, und den Bestimmungen über Finanzmonopole liegt es nahe, nach der Stärke und dem Rang der Normen innerhalb des Verfassungstextes zu unterscheiden, entsprechend der Nähe der Norm zum Zentralwert der Menschenwürde⁸⁴. Vorzuziehen ist es aber, auf das Entscheidungsziel der Verfassungsbestimmungen abzustellen. Die wirtschaftlichen Freiheiten der Grundrechte bilden den unmittelbaren Gegenstand der Ver-

mittlung); *BVerfGE* 21, 245/261; 21, 261/271; zurückhaltend äußert sich dagegen *Bachof* (GR III/1, S. 163/164, 203): Art. 12 I GG hindere nicht als Grundrecht, sondern als Bestandsgarantie die Monopolisierung; nicht die einzelne Verstaatlichung, wohl aber möglicherweise ihre Häufung sei verfassungswidrig (zustimmend: *Lenz*, JZ 1963, 341).

Die Einwirkung eines Kommunalmonopols auf die Berufsfreiheit der wirtschaftlich geschädigten Unternehmer wird vom *BayVGH*, *VerwRspr.* 12, S. 331 abgelehnt (das Gewerbe sei nur mittelbar betroffen); vorsichtiger argumentiert *BayVGH* nF 14, 24: es liege nur eine Beschränkung der Berufsausübung vor. — Desgleichen lehnen es *BayVGH* nF 14, 24 und *BGHZ* 40, 355 (362/367) ab, daß die Einführung eines kommunalen Monopols eine Enteignung für die bisherigen Unternehmer bewirke (wesentlich zurückhaltender: *BayVGH*, *Urt. v.* 16. 12. 1963, *BayVBl.* 1964, S. 94).

Eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Art. 2 I GG nehmen an: *Dürig*, M.-D., Art. 2 I/Rdnr. 52; *Nipperdey*, *Marktwirtschaft*, S. 26; *Scheuner*, *VVDStRL* 11 (1954), S. 152. s. auch u. §§ 42, 44, 58.

⁸³ Die Gültigkeit vorkonstitutioneller und das Verbot neuer Finanzmonopole vertreten: *Dürig* (FN 82); *Hamann* (FN 81); *ders.*, *NJW* 1957, 1425; *Maunz* (FN 69), Art. 105/23; *Nipperdey* (FN 82); *Leisner*, *Werbefernsehen*, S. 45/46.

Die Möglichkeit, auch neue Finanzmonopole einzuführen, bejahen: *Wacke* (FN 81), S. 19; *Thieme*, *JZ* 1961, 282; *Badura*, *Verwaltungsmonopol*, S. 335/337; wohl auch *BFH* *BStBl.* 1954 III, S. 144, und *BStBl.* 1959 III, S. 129 (Zulässigkeit von Monopolen ohne ausdrückliche zeitliche Fixierung).

⁸⁴ Vgl. die Differenzierung in starke und schwache Verfassungsnormen bei *Maunz*, *Festschrift für Laforet*, S. 141/153; s. im übrigen Nachw. u. § 48.

fassungsdektion, während das antinomische Prinzip, die Zulässigkeit der Finanzmonopole, nur beiläufig, einschlußweise von Normen vorausgesetzt wird, die ein völlig anderes Entscheidungsziel haben (die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern). Eine nur mittelbar mitentschiedene Regel kann deshalb nicht den Vorrang vor einer primären Bestimmung einnehmen, diese überlagern und verdrängen⁸⁵. Die grundrechtliche Freistellung der Finanzmonopole (ohne die die Zuständigkeitsverteilung gegenstandslos wäre) kann sich daher nur auf die vorkonstitutionellen Einrichtungen beziehen. Im übrigen wirken sich die Grundrechte in uneingeschränkter Kraft aus und machen die Gründung neuer Finanzmonopole unmöglich⁸⁶.

Die Zuständigkeitsregeln über die Finanzmonopole würden noch nicht einmal verhindern, daß die systemfremden Überbleibsel eines vorsteuerlichen, merkantilistischen Zeitalters privatisiert würden. Die Zuständigkeitsregeln enthalten ebenso wenig eine institutionelle Garantie der Finanzmonopole, wie sie die Verpflichtung für den Gesetzgeber statuieren, den Katalog der Steuertypen restlos auszuschöpfen.

Der Vorrang der öffentlichen Gewalt auf dem Gebiet der Finanzmonopole beschränkt sich also auf den vorkonstitutionellen status quo; er ist überdies nicht verfassungsrechtlich geboten, sondern nur geduldet.

Ergebnis

Ein grundsätzlicher Vorrang der öffentlichen Hand ist nicht zu erkennen.

⁸⁵ Dieses Argument gilt erst recht, wenn man mit *Herzog* (FN 66) aus den Bestimmungen der Art. 134 und 135 GG über die Vermögensnachfolge rechtliche Konsequenzen für eine etatistische, antisubsidäre Wirtschaftsordnung ziehen wollte. Art. 134 und 135 haben als Übergangsnormen einen a priori geringeren Stellenwert im Rechtssystem des Grundgesetzes; zur Erschließung der „positiven“ Verfassung (im Sinne *Carl Schmitts*) sind sie besonders wenig geeignet.

⁸⁶ Die Motivation des Finanzmonopols bildet keinen aus der Sicht des Art. 12 I bedeutsamen Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Berufsfreiheit (dazu u. §§ 42, 56/59). — Die These *Baduras* (Verwaltungsmonopol) S. 90 91, Finanzmonopole könnten auch ein Medium der Sozialgestaltung sein, schafft keine Legitimation. Dominiert der Sozialgestaltungszweck, liegt nämlich begrifflich bereits kein Finanz-, sondern ein Verwaltungs-(Lenkungs-)Monopol vor. Die abstrakte Interventionsmöglichkeit legitimiert schon nach den Grundsätzen von *BVerfGE* 7, 377 (Übermaßverbot, Gefahrennachweis) nicht. — Der Umstand, daß das Finanzmonopol unter finanzwissenschaftlichen Aspekten einer Verbrauchssteuer ähnlich ist, kann an der verfassungsrechtlichen Beurteilung nichts ändern, die auf die völlig unterschiedliche Einwirkung in das Grundrecht abgestellt ist (Rechtliche Konsequenzen lehnt auch *Wacke*, FN 81, S. 19, ab).

Für vorkonstitutionelle *Verwaltungsmonopole* ist die verfassungsrechtliche Problematik deshalb weniger bedeutsam, weil Art. 87 I GG im Enumerativverfahren vorgeht und die Grundrechtseinschränkung durch formale Kompetenz daher entfällt.

3. Der Gleichrang des Staates

Dafür, daß die öffentliche Gewalt, wo sie als Konkurrentin zur Privatmacht auftritt, unter den gleichen Bedingungen handle und weder eine Vorzugsstellung genieße noch besonderen Beschränkungen unterliege, können folgende Gesichtspunkte herangezogen werden:

- a) die Privatautonomie des Fiskus,
- b) die Grundrechtsträgerschaft auf der Aktivseite,
- c) die Grundrechtsungebundenheit auf der Passivseite,
- d) die Freiheit vom Vorbehalt des Gesetzes,
- e) die „Partnerschaft“ des Staates — die sozial-föderale Kooperation.

a) Die Privatautonomie des Fiskus

aa) Die These, daß der Staat „wie ein gewöhnlicher Privatmann“ zu behandeln sei, fand ihre folgerichtigste Begründung in der *Fiskustheorie*⁸⁷, die neben den Repräsentanten der obrigkeitlichen Gewalt ein privatrechtliches Subjekt stellte: die zur juristischen Person hypostasierte Staatskasse, die in vollem Umfang der Zivilgerichtsbarkeit und den Zivilrechtsnormen unterworfen war. Mit Hilfe der Fiskustheorie hatte erfinderische juristische Konstruktionskunst ein Surrogat für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im Polizeistaat⁸⁸ entwickelt und einen Weg gebahnt, um die Entscheidungsgewalt des Souveräns und die Klagemöglichkeit des Untertanen, um Autorität und Libertät miteinander zu vereinbaren.

Wenn mit dem Sieg der liberalen Bewegung im 19. Jahrhundert — durch die Einführung der Gewaltenteilung, die Verrechtlichung des Verwaltungsverhältnisses und die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte des Bürgers — die Voraussetzungen der Fiskuslehre hinfällig geworden waren und obrigkeitliches wie fiskalisches Handeln einem einzigen Subjekt zugerechnet werden konnten, so wirkte die Lehre in verwandelter Gestalt weiter — die Doppelexistenz war durch das Bild des Januskopfes ersetzt worden. In seiner Eigenschaft als Fiskus war der Staat als sein eigener Untertan dem öffentlichen Recht unterworfen⁸⁹, zugleich aber genoß er auch die Privilegien des Bürgers. Wo er nicht

⁸⁷ Zur Geschichte der Fiskustheorie: *Fleiner*, Institutionen, 2. A., S. 34/41; *Mayer*, O., Verwaltungsrecht I, S. 49/53; *Jellinek*, G., Staatslehre, S. 385/386; *Bullinger*, Vertrag, S. 200/236.

⁸⁸ Der Abbau der Reichsgerichtsbarkeit gegenüber der zur Souveränität erstarkenden Territorialgewalt der Landesherren (vor allem die Zunahme der privilegia de non appellando und non evocando) trug wesentlich zur Fiskuslehre bei. Vgl. *Fleiner* (FN 87), S. 34, 37.

⁸⁹ Zur Anwendung des staatlichen „Untertanenrechts auf sich selber“: s. *Mayer* (FN 87), S. 120; *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 187/188.

souverän war, da war er privatautonom. Wo er das Imperium nicht einsetzte, da war er der rechtsstaatlichen Fesseln ledig, die seine Bewegungsfreiheit hemmten, vor allem der Fesseln des Legalitätsvorbehaltes und der Grundrechte. Diese Bindungen erfaßten allein den Einsatz der obrigkeitlichen Zwangsgewalt in Freiheit und Eigentum der Bürger. So mußte die Verwaltungsbehörde bei der hoheitlichen Erteilung einer Ansiedlungsgenehmigung das Glaubensbekenntnis der Ansiedler gleichgültig sein, während sie als Fiskus bei der Ansiedlung auf staatseigenen Grundstücken Angehörige einer Konfession bevorzugen durfte. Auch konnte eine Gemeinde auf Grund der Gewerbefreiheit einem Bestattungsunternehmen nicht den Betrieb untersagen, wohl aber durfte sie auf Grund ihres fiskalischen Hausrechts die Arbeit auf dem Gemeindefriedhof verbieten⁹⁰ (und damit den Betrieb ruinieren). Der Staat besaß somit das Wahlrecht zwischen der gebundenen Gewalt und der gewaltlosen Ungebundenheit — er konnte sich zwischen den Formen des Auftretens entscheiden, wie der Offizier zwischen Uniform und Zivilkleidung⁹¹.

Es kommt auf den Blickwinkel an, ob man in dieser Wahlmöglichkeit den „Prüfstein überlegener Verwaltungskunst“ (Walter Jellinek)⁹² oder eine Erscheinung juristischer Schizophrenie erblickt. Der Sinn der Fiskuslehre ist jedenfalls in sein Gegenteil verkehrt worden: Hatte sie ursprünglich dem Rechtsstaat eine Bresche in die geschlossene Zone der landesherrlichen Befugnisse geschlagen, so umgrenzt sie in ihrer neuen Form eine patrimonialstaatliche Reservation, die der Rechtsstaat ausgespart hat. Sollte sie ursprünglich einen Ausgleich für das Fehlen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle schaffen, so entzieht sie nunmehr den Verwaltungsgerichten die Kompetenz.

Die rechtsstaatliche Ordnung konnte jedoch ungefährdet darauf verzichten, den Fiskalbereich zu durchdringen, solange wie das Fiskalhandeln nur eine atypische, im Umfang begrenzte Randerscheinung blieb und bei vorgegebenen, nicht in Frage gestellten Verwaltungszwecken nur das Verfahren der Verwaltung auflockerte. Mit dem Durchbruch des Sozialstaates, der die nichtobrigkeitlichen Mittel der Daseinsvorsorge und der Subvention zu gleichwertigen Instrumenten seiner Aufgabenverwirklichung erhoben hat, ist der Fiskusbegriff in Frage gestellt. Er ist um die „schlichte Hoheitsverwaltung“ wie um das Verwaltungsprivatrecht verkürzt worden und auf die rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit sowie

⁹⁰ So die Lehre *Walter Jellineks* (FN 89), S. 25/26, mit diesen Beispielen. Zur Bedeutung des Fiskus in der rechtsstaatlichen Periode vgl. vor allem *Otto Mayer* (FN 87), S. 120/121.

⁹¹ Der Vergleich stammt von *Jellinek* (FN 89), S. 25. Ein analoges Beispiel liefert *Scholz* (Wesen, S. 133, 172/173), der der Gemeinde die Wahlfreiheit zwischen Wirtschaftsunternehmen und öffentlichen Einrichtungen zubilligt, die Schranke des § 67 DGO aber nur für erstere gelten läßt.

⁹² (FN 89), S. 27.

die Hilfsgeschäfte der Verwaltung zusammengeschrumpft. Trotz der zwiefachen Amputation hat aber der Fiskus und mit ihm der Gedanke der staatlichen Privatautonomie sich im heutigen Recht seine Lebenskraft erhalten. Der Vorbehalt des Gesetzes und die Grundrechtsbindung werden in ihrer Reichweite weithin immer noch nach der „Freiheit-und-Eigentum“-Formel bemessen. Während sich im öffentlichen Recht bereits die Erkenntnis durchzusetzen beginnt, daß die Bindungen des obrigkeitlichen Staatshandelns über die Drittwirkung der Grundrechte und der Organisationsprinzipien sogar auf die Bürger ausgedehnt werden sollten, ist der Fiskus als erratischer Block auf dem Boden des sozialen Rechtsstaates liegen geblieben⁹³.

Die Privatautonomie des Fiskus ist zwar aus der *Tradition* zu erklären, aber nicht zu *rechtfertigen*, weil in der Tradition Widersprüche vorhanden und Tendenzen erkennbar sind, die zur Weiterbildung der bisherigen Auffassungen drängen: Die Erkenntnis der rechtsstaatlichen Lehre, daß der Fiskus kein selbständiges Rechtssubjekt sei, hatte die Konstruktion der älteren Theorie beseitigt, nicht aber ihre Folgerungen (die Spaltung der Staatlichkeit in einen öffentlichen und einen privaten Tätigkeitsbereich); mit dieser Inkonsequenz hatte sie aber das Ziel der älteren Doktrin — die größtmögliche, effektive rechtsstaatliche Sicherung — aufgegeben. Erst wenn dieses Ziel wieder voll erfaßt und auf die Einsicht in die Identität der Staatsgewalt bezogen wird, ist die Konstruktion der Fiskustheorie wirklich überwunden — überwunden jedoch dadurch, daß ihr Sinn erfüllt wird. Die Erfüllung kann nur darin liegen, daß der Fiskus in der öffentlichen Gewalt aufgeht und die in ihm verkörperten Funktionen den strengsten Bindungen unterworfen werden, daß die privatrechtliche Verkleidung nicht private Autonomie schafft. Das liberale Ethos, das sich in der Fiskustheorie eine juristische Form geschaffen hatte, verlangt nicht, daß der Staat sich seinen Bürgern angleiche, sondern daß er sich auf seinen spezifischen Auftrag zurückziehe und den Lebensbereich der Privaten dadurch respektiere, daß er sich tunlichst aus ihm heraushalte.

bb) Da die Tradition für das rationale Verfassungsrecht keine zwingenden Ergebnisse zu liefern vermag, bleibt zu fragen, ob das aktuelle Recht

⁹³ Die Auffassung, der Fiskus genieße Privatautonomie, vertreten: v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 1/III 3 b; Peters, Festgabe für Kaufmann, S. 292/293; ders., Lehrbuch, S. 157; ders., Zuständigkeit, S. 37; Schneider, H., Werbung, S. 22/23; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II 1; Forsthoef, Der Staat als Auftraggeber, S. 14/16 (aber unter Ausschluß des Beschaffungswesens aus dem Fiskusbegriff); Bettermann (FN 57), S. 6, 11, 19, 21.

Die Privatautonomie wird dem Staat versagt von Krüger, Staatslehre, S. 327/328, 581, 897; dems., Massenmedien, S. 84 und passim; Nipperdey, Marktwirtschaft, S. 26; dems., BB 1951, S. 593; Mallmann, VVDStRL 19 (1961), S. 197. Dazu grundsätzlich: Rübner, Formen, S. 358/366; Badura, DÖV 1966, 626/627. — Weit. Nachw. u. § 44.

der fiskalischen Gestaltungsfreiheit Raum gibt, insbesondere ob sie eine Privatautonomie in der *Wahl der Zwecke* zuläßt⁹⁴.

Echt problematisch ist nur der Bereich des erwerbswirtschaftlichen Handelns. Soweit die Verwaltung öffentliche Aufgaben wahrnimmt, sei es auch nur mit privatrechtlichen Mitteln, ist der Bereich der Privatautonomie ohnehin bereits verlassen. Die „fiskalischen Hilfgeschäfte“ haben dagegen zwar nur einen mittelbaren, aber einen notwendigen Bezug zum Verwaltungshandeln und sind damit aus der Natur der Sache gerechtfertigt (es sei denn, der Staat ginge dazu über, seinen Eigenbedarf in eigener Regie herzustellen)⁹⁵.

a) Das Grundgesetz erwähnt die *erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit* nur beiläufig in den Bestimmungen über den Haushaltsplan (Art. 110 IV), die Bund-Länder-Zuständigkeiten (Erwähnung der Finanzmonopole) und über die Vermögensrechtsnachfolge (Art. 134, 135 GG). Diese Feststellungen rechtfertigen das erwerbswirtschaftliche Handeln allerdings nur soweit, als es sich in dem Rahmen hält, in dem der Verfassungsgeber es vorgefunden hatte⁹⁶.

Dagegen läßt die Finanzverfassung des Grundgesetzes die Entscheidung für den *Steuerstaat* erkennen⁹⁷. Die Haupteinnahmequelle sollen die öffentlichen Abgaben bilden. Die Erzielung von erwerbswirtschaftlichen Einkünften darf nicht den finanzverfassungsrechtlichen Typus des Steuerstaates in Frage stellen. Ein generelles Verbot läßt sich aus dieser Typusbestimmung zwar nicht ableiten, wohl aber die Feststellung, daß die

⁹⁴ Die Freiheit in der Wahl der Formen, in der *W. Jellinek* (FN 92) die Verwaltungskunst sich bewähren sieht, ist rechtsstaatlich unbedenklich, wenn Zwecke und Aufgaben der Verwaltung nicht willkürlicher Verfügung unterliegen und wenn die inhaltlichen Schranken der öffentlichen Gewalt in allen ihren Formen gleich sind. In diesem Rahmen kann die Wahl der Form einzig Effizienz-Erwägungen folgen. Das Institut des *Formenmißbrauchs* ist gegenstandslos, soweit die Formenfreiheit reicht; es lähmt die Verwaltungseffizienz mehr, als daß es die Individualfreiheit schützt.

⁹⁵ Dazu u. § 61.

⁹⁶ Dazu o. § 41. Unter den Stellungnahmen zur Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Staatstätigkeit sind drei Grundpositionen erkennbar:

- a) Jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ist verboten: so *Krüger*, Staatslehre, S. 327/328, 897; *ders.*, Massenmedien, S. 80-85 und passim (einzige Ausnahme: die Verwertung von Altmaterial); *Fuß*, DVBl. 1958, 745; *Löffler*, BB 1956, S. 729.
- b) Die Fiskaltätigkeit ist grundsätzlich erlaubt: so *Köttgen*, DJT-Festgabe I, 594; *Schneider* (FN 93), S. 18/21; *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 208/239.
- c) Die erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit darf über den vorkonstitutionellen status quo nicht hinausgehen: so *Dürig*, M—D, Art. 2 I/Rdnr. 52.

⁹⁷ *Zeidler* (FN 96, S. 241) folgert aus der Entscheidung für den Steuerstaat, daß primär Mittel nicht erwirtschaftet werden können. Ähnlich: *Wertenbruch*, JuS 1961, 109.

Erzielung von Einkünften die staatliche Konkurrenz nicht notwendig macht und damit auch nicht rechtfertigt.

β) Es fragt sich, ob das staatliche Handeln überhaupt einer positiven Rechtfertigung aus dem Verfassungstext bedarf.

Eine streng normativistische Lehrmeinung fordert, daß jeder staatliche Akt in einer Vorschrift der Verfassung seine inhaltliche Grundlage finden müsse. Im Sinne der Reinen Rechtslehre wird mit diesem Postulat der Gesetzesvorbehalt zum *Verfassungsvorbehalt*, das Erfordernis formaler zum Erfordernis materialer Legitimation gesteigert⁹⁸. Die Verrechtlichung des staatlichen Handelns wird in letzter Folgerichtigkeit durchgeführt.

Doch wird der Verfassungsurkunde von dieser rigoristischen Lehre mehr abverlangt, als sie leisten will und leisten kann. Sie enthält kein System der Staatszwecke. Die allgemeinen Staatszielbestimmungen (wie die Sozialstaatlichkeit) sind zu abstrakt, die konkreten Zweckregeln zu kontingent, um den Erfordernissen zu genügen. Wollte man nur konkrete Aufgabenstellungen zur Grundlage wählen (wie den Auftrag des Art. 21 III GG), wäre die Allzuständigkeit des Staates aufgehoben. Wollte man in erster Linie auf die generellen Staatszielbestimmungen abstellen (die nur mit Vorbehalt als abschließend gedeutet werden dürfen), so ist zu bezweifeln, ob der normativistischen Stufenlehre damit hinreichend gedient wäre. Vor allem droht mit dieser Lehre die Gefahr, daß die Begriffe der Verfassung durch Auffüllungen und Ausweitungen überinterpretiert werden, nur damit die staatsnotwendigen Tätigkeiten eine Grundlage erhalten. Das Verfassungsgesetz würde damit an normativer Kraft verlieren.

γ) Mit diesen Bedenken ist jedoch nur dargestellt, daß die Verfassungsurkunde allein nicht als Grundlage in Frage kommt und daß ein rechtstechnischer „Verfassungsvollzug“ nicht möglich ist. Wohl aber kann das *materielle* Verfassungsrecht eine Legitimation fordern und bieten. In ihrer allgemeinsten Form liegt diese in der Ausrichtung auf das *Gemeinwohl*. Es ist heute absolut herrschende Auffassung, daß sich die Staats-

⁹⁸ Das Erfordernis materieller Legitimationen aus einem Verfassungssatz vertritt *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73 ff.; GG, Art. 20/B 8 a, und NJW 1957, S. 1423. (Ablehnend: *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 313/315 und *Zacher*, Rechtsgutachten, S. 96/98.)

Eine Parallele zu *Hamanns* Meinung bildet die These von *Lenz* (Der Umfang gerichtlicher Prüfungsbefugnis, S. 71 ff.), das Wesen des Politischen liege in der Konkretisierung der obersten Staatszwecke der Verfassungsurkunde: „Im Verfassungsstaat kann Staatspolitik nur den Sinn haben, die in den Gestaltungsgrundsätzen der Verfassung gesetzten obersten Staatsziele durch den Einsatz der staatlichen Entscheidungsgewalt zu realisieren“ (S. 78). Kritische Auseinandersetzung mit der These bei *Leisner*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 79/82. Zu den Staatsaufgaben s. o. § 34.

gewalt am Gemeinwohl (öffentliches Interesse, öffentlicher Zweck) auszurichten hat, in welcher Form sie auch immer tätig wird⁹⁹. Dieses Gemeinwohl ist bestimmt durch die gesamte Rechtsgemeinschaft, nicht durch den Staat als juristische Person¹⁰⁰. Die Verfolgung selbstzweckhafter Interessen der Staatsanstalt und ihrer Organe ist damit ausgeschlossen. Die Staatsraison als solche legitimiert das Handeln der öffentlichen Gewalt nicht. Damit ist auch die Fiskalraison als Rechtfertigungsgrund ausgeschaltet. Während die Individuen und die Personenverbände des gesellschaftlichen Bereichs legitim eigennützige Zwecke verfolgen können und privater Altruismus auf freier Entscheidung beruht, ist der Staat a priori dazu verpflichtet, ausschließlich dem bonum commune zu dienen.

Diese erste, vorläufige Abgrenzung des Gemeinwohls läßt bereits hinreichend erkennen, daß es keine staatliche Privatautonomie geben kann. Im Moment des „Privaten“ liegt jene Selbstbezogenheit und Beliebigkeit, die dem Staat schlechthin verwehrt ist. Die Staatsmacht ist wesensmäßig *öffentliche Gewalt* — mit Ausrichtung auf das Ganze und mit Bedeutsamkeit für das Ganze¹⁰¹. Es kann deshalb auch keine privatisierende, sich absondernde Fiskalraison geben. Das staatliche Gemeinwohl stiftet die Einheit aller Verwaltungszwecke¹⁰².

Weil der Staat auf ein Telos ausgerichtet ist, das die Ziele aller Glieder seines Verbandes zusammenfaßt, kann zwischen ihm und seinen Angehörigen kein echter *Wettbewerb* aufkommen, wie er unter Privaten besteht¹⁰³. Privater Wettbewerb gründet auf der Rivalität gegensätzlicher Interessen und Ziele; der Egoismus der Konkurrenten schafft ein kämpferisches Moment. Es geht um die Überwindung und Ausschaltung des Rivalen. Im Gemeinwohl liegt ein ausgleichendes, befriedigendes Element, da es darauf ausgeht, alle Individualinteressen zu integrieren. Zwischen Einzel- und Gemeinwohl besteht also kein wesenhaft *notwendiger* Widerstreit. Bei der Erfüllung konkurrierender Staatsaufgaben hat der Staat zumindest mittelbar auch die Interessen der privaten „Konkurren-

⁹⁹ Diese These vertritt besonders dezidiert *Krüger* (Staatslehre, S. 327/328, 763/766, 897); Massenmedien, S. 75/83; VVDStRL 19 (1961), S. 249/250. Die Bindung an den öffentlichen Zweck fordern auch *Becker*, VVDStRL 19 (1961), S. 249/250; *Dürig*, JZ 1953, S. 198; *Nipperdey*, FN 93, S. 26. S. auch Nachweise u. § 56 zur Frage, ob § 67 DGO Verfassungsrang besitze.

¹⁰⁰ Hier zeigt sich die Dialektik des Staatsbegriffs: der institutionelle Aspekt wird durch die juristische Person, der ethische durch die Rechtsgemeinschaft bestimmt. S. o. § 32.

¹⁰¹ Vgl. *Stern*, JZ 1962, S. 182.

¹⁰² Eine nähere Konturierung des Gemeinwohls ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich; der Ausschluß privatautonomer Zwecksetzung geht der Unterscheidung zwischen personalistischem und transpersonalistischem Gemeinwohl voraus — dazu u. §§ 56/59.

¹⁰³ Dazu grundlegend *Krüger*, Massenmedien, S. 75/87. Zur Ausgleichsfunktion des Gemeinwohls: *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 67.

ten“ zu wahren, da diese Interessen im *bonum commune* mit enthalten sind.

cc) Es zeigt sich also, daß die Grundrechtsträger zwar nur privatrechtliche Mittel einsetzen können, aber frei in der Wahl ihrer (eigen- oder gemeinnützigen) Ziele sind, daß dagegen der Staat — innerhalb bestimmter Grenzen — die Wahl zwischen gewaltlosem Handeln und Einsatz des Imperiums hat, aber ausschließlich auf ein einziges Ziel — das *bonum commune* — festgelegt ist. Für eine Privatautonomie des Fiskus bleibt keinerlei Raum.

b) Grundrechtsträgerschaft auf der Aktivseite

Der hoheitlich handelnde Staat ist Adressat, nicht aber Träger der Grundrechte¹⁰⁴. Spräche man ihm auch die Berechtigung zu, so würden die Grundrechte der Bürger von den Gegenbefugnissen der öffentlichen Gewalt neutralisiert, Rechte und Pflichten hoben sich gegenseitig auf.

Diese Lösung ist jedoch nicht von vorneherein abzulehnen, soweit der Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus betrachtet wird. Wenn Fiskus der zusammenfassende Name für alle die Fälle ist, „in welchen der Staat dem für die Einzelnen gegebenen Rechte unterliegt“ (Otto Mayer)¹⁰⁵, so ist es folgerichtig, wenn ihm als Ausgleich für das auf sich selbst angewendete „Untertanenrecht“ auch die grundrechtlichen Schutzgarantien zuerkannt werden¹⁰⁶. Selbst wenn die Schutzrichtung der In-sich-Rechte nur gegen

¹⁰⁴ Außerhalb dieser Fragestellung liegt auch die Grundrechtsgeltung für öffentlich-rechtliche Träger „gesellschaftlicher Selbstverwaltung“ — so für die Universitäten (bejahend: *BVerfGE* 15, 256 [262]) oder die Rundfunkanstalten (bejahend: *Dürig*, M—D, Art. 19 III/41; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 80/82; verneinend: *Scheuner*, *VVDStRL* 22, 1965, S. 13).

Dem Staat werden Grundrechte zugesprochen bei: *Jacobi*, BB 1951, S. 764/766; *Erler*, G., Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, S. 26; *Wernicke*, BK Art. 19/II 3 a; *Becker*, DÖV 1956, S. 423; *Groß*, DÖV 1965, S. 443.

Den Ausschluß der Grundrechtsträgerschaft für den Staat vertreten: *BVerfGE* 21, 362 (369/370); *Forsthoff*, Körperschaft, S. 107; *Dürig*, M—D, Art. 19 III/Rdnr. 29—35 mit Nachw.; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 42; *Jürgens*, *VerwArch* 53 (1962), S. 140/141; *Leisner*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 126/128 mit Nachw.; *Scheuner*, a.a.O.

¹⁰⁵ *Verwaltungsrecht I*, S. 120.

¹⁰⁶ Die These, daß der Fiskus als Grundrechtsträger in Frage komme, vertreten: *Jacobi*, BB 1951, S. 764; *Becker*, DÖV 1956, S. 423; *Hüttl*, DÖV, 1956, S. 483; *Fuß*, DVBl. 1958, S. 739/740. *Bettermann* (FN 57), S. 4/9, 20. Das *BVerwG* bejaht die Geltung des Art. 12 GG für die öffentliche Hand (Urt. vom 10. 7. 1958, DÖV 1958, S. 61/62), da die Rechtsordnung die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht verbiete und Art. 19 III GG nicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts unterscheide. Das *BVerwG* folgert damit in einem verfassungsrechtlichen Zirkelschluß von der (zu beweisenden) Erlaubtheit der Fiskaltätigkeit auf die Grundrechtsgeltung. Der *BayVerfGH* erkennt der öffentlichen Hand Art. 103 I BV zu (E 5, 1 [6]). Das

den obrigkeitlichen Staat gekehrt würde, und nicht Individuen als „Gegner“ in Frage kämen, so wären damit Fiskus und Individuen in eine einzige rechtliche Ebene gerückt; durch die Parallelschaltung ihrer Freiheitsrechte ständen sie dem obrigkeitlichen Staat als gleichgeordnete Größen gegenüber. Fiskus und Bürger könnten sich auf den Schutz des Gleichheitssatzes berufen und die gleichen Entfaltungsrechte im Nebeneinander der Beziehungen beanspruchen¹⁰⁷.

Insbesondere wäre damit dem Fiskus die Teilhabe an der Gewerbe-freiheit verfassungsrechtlich gewährleistet¹⁰⁸. Seine Privatautonomie hätte Verfassungsrang erlangt.

Eine solche Gleichsetzung würde aber wesentlich Ungleiches zusammenfassen. Dadurch, daß Hoheitsgewalt und Fiskus identisch sind, würden die Grundrechte des Fiskus letztlich auch dem obrigkeitlichen Staat zugute kommen. Der Staat könnte vielfach auf fiskalischem Wege das erreichen, was ihm auf obrigkeitlichem verboten ist. Die Parallelschaltung der Grundrechte von Einzelnen und Fiskus würde mittelbar die wechselseitige Neutralisierung in weiten Bereichen herbeiführen¹⁰⁹.

Überdies würde die Übertragung der Grundrechte auf den Staat sein innerorganisatorisches Gefüge bedrohen, das auf inhaltlich determinierten, gegenständlich abgegrenzten Kompetenzen der Organisationsglieder

BVerfG hat dem Fiskus bisher nur das Prozeßgrundrecht des rechtlichen Gehörs zuerkannt (E 6, 45, 49/50).

Dagegen sprechen dem Fiskus die Eignung zur Grundrechtsträgerschaft nach Art. 19 III GG ab: *Dürig*, M—D, GG, Art. 19 III/Rdnr. 42—48 mit Nachw.; *ders.*, BayVBl. 1959, S. 201/203; *Ehrensberger*, DÖV 1956, S. 132/133; *Frentzel*, Betrachtungen, S. 13/14; *Nipperdey*, BB 1951, S. 593; *Fröhler*, BayVBl. 1956, S. 135; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73; *ders.*, NJW 1957, S. 1423; *Krüger*, Rundfunk, S. 125; *Jürgens*, VerwArch 53 (1962), S. 105; *Rupp*, Privateigentum, S. 11; *Schüle*, VVDStRL 11 (1954), S. 89; *Zacher*, Rechtsgutachten, S. 59/60; *Brenner*, BB 1962, 728; *Schricker*, Tätigkeit, S. 75; *BayVerfGH* 18, 85 (95).

¹⁰⁷ Die Gleichheit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft wird bejaht

- mit der Folge, daß die öffentliche Hand sich keine Privilegien verschaffen und ihre Sonderstellung ausnutzen dürfe: von *Lutz Richter*, VVDStRL 6 (1929), S. 83; *Jürgens*, VerwArch 53 (1962), S. 142;
- mit der Folge, daß die öffentliche Hand nicht benachteiligt werden dürfe, von *Hüttl*, BayVBl. 1956, S. 324; *Zeiß*, HbKWP III, S. 611.

¹⁰⁸ Unter der Geltung der Weimarer Verfassung wurde der öffentlichen Hand die *Gewerbefreiheit* des § 1 *GewO* zugesprochen — vgl. *Lutz Richter*, VVDStRL 6 (1929), S. 82/83. Heute wird die Auffassung allgemein abgelehnt — so von *Jacobi*, BB 1951, S. 764; *Fröhler*, BayVBl. 1956, S. 137/138; *Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler*, GewO, 12. A. München, 1964, Einl. Rdnr. 71; *Frentzel* (FN 106), S. 13/14. A. A. *Bettermann* (FN 57), S. 1/24.

¹⁰⁹ Echte Waffengleichheit zwischen Staat und Individuum, keine Identifikationsmöglichkeiten zwischen Obrigkeit und Fiskalgewalt sind nur im Prozeß zwischen Einzelnen und Staat zu erkennen. Die Entscheidung des *BVerfG* (FN 106) kann also mit den Argumenten des Textes nicht angegriffen werden.

beruht. In den Grundrechten aber wirkt die letztlich indeterminierbare Lebenskraft der *einen* Freiheit, die zwar Organisation hervorbringen, aber selbst in ihrem Kern nicht zum Gegenstand der Organisation werden kann.

Die Grundrechte legitimieren den Fiskus also nicht.

c) Grundrechtsungebundenheit auf der Passivseite

Wenn die Grundrechte die Fiskalfreiheit schon nicht legitimieren, bleibt zu fragen, ob sie ihr wenigstens nicht im Wege stehen, ob der hoheitlich handelnde Staat „wie ein Privater“ keine Rücksicht auf Grundrechte zu nehmen braucht¹¹⁰.

aa) Die Identität der Staatsgewalt spricht dafür, daß alle ihre Akte denselben Schranken zu unterwerfen sind. Wenn die Staatlichkeit umfassend zur Geltung kommt, dann kann auch der Freiheitsschutz nicht nur punktuell auf eine einzige Äußerung der Staatlichkeit bezogen werden; er muß so weit reichen wie die möglichen Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Art. 1 III GG sieht keine Ausnahme von der staatlichen Grundrechts-

¹¹⁰ a) Die traditionelle Lehrmeinung, der Staat sei nicht an die Grundrechte gebunden, wenn er in privatrechtlichen Formen handle, vertreten: *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 25/26; *von Mangoldt-Klein*, GG Art. 1/III 3 b; *Bettermann* (FN 57), S. 19.

b) Die umfassende Grundrechtsgeltung (auch für den Fiskus in all seinen Formen) wird anerkannt von *Löw*, DÖV 1957, S. 879; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 196/202; *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 225/238; *Frentzel*, Betrachtungen, S. 6/7, 15/16; *Stern*, JZ 1962, S. 181; *Weber*, W., Der Staat 4 (1965), S. 438/439; *Henze*, Probleme, S. 78 ff.; *Jürgens*, VerwArch 53 (1962), S. 141/142; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 98; *Hesse*, Grundzüge, S. 136/138; *Zacher*, Rechtsgutachten, S. 60/62, 80; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 158/160; *Dürig*, M—D, Art. 1 III/135 (aber nur mittelbare Grundrechtswirkung über das Zivilrecht); *Vogel*, VVDStRL 24 (1966), S. 150/155.

c) Mittelmeinungen:

aa) Eine Mittelmeinung erstreckt die Grundrechte auf das Verwaltungsprivatrecht: *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung, S. 20; *ders.*, VVDStRL 25 (1967), S. 303; *Zacher*, VVDStRL 25 (1967), S. 343/345; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 23 II 1; ebenso der BGH, unter ausdrücklicher Ablehnung der Fiskalgeltung (Urt. v. 26. 10. 1961, JZ 1962, S. 176, 178/179; vgl. auch BGHZ 29, 76; 33, 230). Ähnlich wie der BGH: *Torz*, DÖV 1958, S. 208.

bb) Nach *Bachof* tritt die Grundrechtsbindung unabhängig von der Rechtsform ein, wo die Verwaltung existentielle Leistungen vergibt oder rechtliche oder faktische Monopole ausübt (GR III/1, S. 175; VVDStRL 19, 1961, S. 259/260).

cc) *Leisner* stellt auf das Kriterium der „Unentrinnbarkeit“ ab; nach deren Maß sollen die Grundrechte auch im Fiskalbereich gelten (Grundrechte, S. 206/210).

Zu einem Aspekt der Grundrechtsbindung s. u. § 58.

bindung vor¹¹¹. Falls die öffentliche Rechtsform den Anknüpfungspunkt bildete, so stünde es dem Staat frei, der Bindung auszuweichen, da die Rechtsformen des staatlichen Handelns weithin austauschbar sind¹¹².

bb) Wenn schon aus der Sicht des Staates kein sachgerechtes Kriterium der Einschränkung erkennbar ist, so zeigt es sich erst recht nicht aus der Sicht des Gewaltunterworfenen. Der Staat tritt ihm, wie immer er handelt, als kompakte Macht entgegen. Diese Macht ist zunächst eine ontische Erscheinung: Sie kann durch ihr bloßes Dasein den Bürger in eine Zwangslage versetzen, der dieser nicht zu entinnen vermag¹¹³. Da aber das Kriterium der Unentrinnbarkeit gegenüber einer faktischen Macht der Lebenswirklichkeit den Grundrechtsschutz schon dann fordert, wenn sich diese Macht in den Händen Privater befindet¹¹⁴, so gilt diese Forderung erst recht, wenn sie der Staat, die wirksamste aller faktischen Gewalten, ausübt. Wenn in dieser Betrachtungsweise, die der Drittwirkungslehre gemäß ist, die reale Macht auf Seiten des Staates und die faktische Abhängigkeit auf Seiten des Bürgers den Grundrechtsschutz auslösen, dann ist jede Unterscheidung nach obrigkeitlichem oder „schlichtem“, verwaltungsprivatrechtlichem oder fiskalischem Handeln hinfällig geworden. Die unausweichliche Zwangslage ist beim Einsatz des hoheitlichen Imperiums ähnlich gegeben wie bei der Vergabe existenzwichtiger Leistungen. Der Bürger ist dem Staat ebenso ausgeliefert, wenn er einen polizeilichen Eingriff in seinen status libertatis zu dulden hat, wie wenn er als Leistungsempfänger mit einem Verwaltungsmonopol paktiert. Für den Unternehmer kann die wirtschaftliche Einbuße gleich groß sein, wenn der Staat einen Konkurrenten unter Berufung auf einen „öffentlichen Zweck“ — verwaltungsprivatrechtlich — subventioniert oder wenn die öffentliche Hand auf der Grundlage ihrer überlegenen Finanzmacht aus rein erwerbswirtschaftlichen Motiven selbst den Wettbewerb ihm gegen-

¹¹¹ Es ist schwer, in der Literatur oder Rechtsprechung Argumente von einigem Gewicht dafür zu finden, daß die Grundrechtsgeltung auf bestimmte Äußerungen der Staatlichkeit beschränkt werde. Weil die Tradition für eine Restriktion zu sprechen scheint, ist die Argumentationslast wohl den Verfechtern der umfassenden Grundrechtsgeltung zugefallen. Der Ausschluß der Grundrechtsgeltung für das „fiskalische“ Beschaffungswesen wird etwa vom BGH (JZ 1962, 178) rein begriffsjuristisch damit gerechtfertigt, es fehle an einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis. Die Zweckrichtung der Grundrechte wird ebenso wenig geprüft wie der Erkenntniswert der Rechtsformen. Allenfalls stellt sich die Frage der Praktikabilität der Grundrechtsgeltung im fiskalischen Bereich (vgl. Diskussion über die Referate *Mallmanns* und *Zeidlers*, VVDStRL 19, 1961, S. 242/281). Grundsätzlicher die Verteidigung der heutigen Fiskuslehre bei *Bettermann* (FN 57, S. 1/24).

¹¹² s. o. § 42.

¹¹³ s. die Kriterien *Bachofs* und *Leisners* (FN 110 c).

¹¹⁴ Das ist ein Leitgedanke der Drittwirkungslehre, vgl. *Leisner*, FN 110 c). Das teleologische Kriterium der Unausweichlichkeit kann allerdings die Grundrechtsgeltung nicht für jede Form der Staatstätigkeit fordern; hier müssen normativ-systematische Gründe hinzutreten.

über aufnimmt. Wo der Staat als Auftraggeber „fiskalische Hilfsge-
schäfte“ abschließt, wirkt sich die größte ökonomische Gewalt des ganzen
Gemeinwesens aus, die in dem umfassenden Sachbedarf und in der über-
legenen Finanzkraft ihre Grundlagen hat; auch dort, wo die Verwaltung
kein Auftragsmonopol ausübt (wie die Bundesbahn gegenüber Waggon-
fabrikanten), schafft sie Abhängigkeitsverhältnisse, die ihr die Möglich-
keit geben, die Bedarfsdeckung jederzeit als Instrument zur Wirtschafts-
lenkung zu benutzen¹¹⁵.

cc) Selbst wenn man die öffentliche Gewalt allein unter dem norma-
tiven Aspekt sieht, ist sie, soweit sie sich des hoheitlichen Imperiums ent-
äußert, nicht dem Privatmann vergleichbar. Der wesentliche Unterschied
liegt darin, daß der Staat *freiwillig* auf den Zwang verzichtet, zu diesem
Mittel aber jederzeit zurückgreifen kann, während der Bürger wesens-
mäßig nur die privatautonome Fähigkeit besitzt, sich selbst zu verpflich-
ten, nicht aber auch die Gewalt, fremden Willen dem eigenen heteronom
zu unterwerfen. Der öffentliche Status und die öffentlichen Funktionen
prägen alle Akte der Staatlichkeit¹¹⁶. Es wäre fiktiv, wollte man zwischen
Staat und Privaten eine Waffengleichheit unterstellen.

dd) Für die Grundrechtsfreiheit des Staates wird das Argument ange-
führt, daß, wenn er schon sozialieren (Art. 15 GG) könne, er erst recht zu
schwächeren Eingriffen befugt sei und frei handeln dürfe¹¹⁷. Doch ist ein
solcher Schluß *a maiore ad minus* nicht durchführbar, da jede grund-
rechtsfreie Maßnahme ein *aliud* und kein *minus* bedeutet. Die Soziali-
sierung ist an materielle und formelle Voraussetzungen gebunden (Sozia-
lisierungsreife, förmliches Gesetz); sie löst eine Entschädigungspflicht
aus. Keine dieser Voraussetzungen ist bei freier erwerbswirtschaftlicher
Betätigung gegeben, die sich schon der Zielsetzung nach von der Soziali-
sierung unterscheidet, die nur zum Wohl der Allgemeinheit unternommen
werden darf.

Auch soweit die öffentliche Hand das Recht hätte, bestimmte Tätig-
keiten auf ein staatliches Monopol zu überführen, kann sie nicht davon
ausgehen, daß sie deshalb beliebig schwächere Interventionen in den
monopolisierungsfähigen Lebensbereich vornehmen dürfe¹¹⁸. Denn von

¹¹⁵ Vgl. (grundlegend) *Forsthoff* (FN 110), S. 20/22; *Löw* (FN 110).

¹¹⁶ Vgl. *Stern*, FN 110.

¹¹⁷ Aus der Sozialisierungsmöglichkeit wird auf die Befugnis zu staatlicher
Wirtschaftsbetätigung geschlossen von *Richter*, VVDStRL 6 (1929), S. 82/83;
Pötzsch-Heffter, Handkomm., S. 156; *Bettermann* (FN 57), S. 16/18.

Diesen Schluß verwerfen: *Nipperdey*, Marktwirtschaft, S. 26/27; und *Badura*,
Verwaltungsmonopol, S. 336.

¹¹⁸ Den Schluß von der Zulässigkeit der Monopolisierung auf das Recht zu
schwächeren Maßnahmen nimmt der *Württ.-Bad. VGH* vor (Urt. v. 31. 8. 1950,
DVBl. 1950, S. 754/756). Ähnlich *Bettermann* (FN 57), S. 16/18.

Ablehnend: *Uber*, Freiheit, S. 160, 168 (Anm. 544); *Bachof*, GR III/1, S. 204.
Art. 15 GG wird geradezu als Grenze der privatwirtschaftlichen Tätigkeit

einer rechtlich gebundenen Befugnis kann niemals auf rechtliche Ungebundenheit geschlossen werden. Es gibt keine rechtsstaatlichen Leeräume.

Der Staat ist also in allen seinen Aktionen grundrechtsverpflichtet.

d) Die Freiheit vom Vorbehalt des Gesetzes

Eine analoge Problematik zur Reichweite der Grundrechte über die Eingriffstätigkeit des Staates hinaus liegt in der Erstreckung des Legalitätsprinzips auf die leistende und die fiskalische Verwaltung¹¹⁹. Liegt im Vorbehalt des Gesetzes auch nur eine formale Bindung der öffentlichen Hand, so doch eine wegen ihrer Starrheit um so wirksamere. Die Forderung, die traditionelle Beschränkung des Gesetzeserfordernisses auf den Eingriffsbereich zu überwinden, folgt aus einem dreifachen verfassungsrechtlichen Ansatz:

- aus dem demokratischen Prinzip¹²⁰,
- aus der objektiven Rechtsstaatlichkeit¹²¹,
- aus den Individualgrundrechten¹²².

Für die Ausdehnung des Legalitätsprinzips sprechen: die Notwendigkeit, alles Staatshandeln einheitlich demokratisch zu legitimieren und parlamentarischer Kontrolle zu unterwerfen; die Gewaltenteilung; die Publizität und Berechenbarkeit allen Staatshandelns; die Hinfälligkeit der überkommenen „Eingriffs“-Kategorie angesichts der begünstigenden

dargestellt (also der Umkehrschluß gezogen) bei *Fischerhof*, DÖV 1960, S. 45; *Torz*, DÖV 1958, S. 211.

- ¹¹⁹ a) Die traditionelle Lehre, daß der Vorbehalt des Gesetzes sich nur auf belastende Verwaltungsakte beziehe, repräsentieren: *Mayer*, O., Verwaltungsrecht, 2. Bd., S. 69; *Fleiner*, Institutionen, S. 116/117; *Jellinek*, W., Verwaltungsrecht, S. 88/89, 122/123; *Peters*, Festg. f. Kaufmann, S. 292; *Schneider*, H., Werbung, S. 20; *ders.*, NJW 1962, 1275; *Torz*, DÖV 1958, 208; *Wolff*, Verwaltungsrecht III, § 138 III; *Rüfner*, Formen, S. 220/234 (abschwächend).
- b) Die Ausdehnung des Vorbehaltes auf die Leistungsverwaltung fordern: *Maunz-Dürig*, Art. 20/Rdnr. 133—136 (sehr vorsichtig); *Forsthoff*, DVBl. 1957, 725; *Obermayer*, DÖV, 1959, 268; *Jesch*, Gesetz, S. 205 und passim; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 129/133; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 174/194; *Rupp*, Grundfragen, S. 140/146; *Stern*, DÖV 1961, 329; *Zacher*, VVDStRL 25 (1967), S. 337/342.
- c) Über diese hinaus reicht das Postulat, auch den Fiskus an das Legalitätsprinzip zu binden, bei: *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 174/194, 202; *Frentzel*, Betrachtungen, S. 12/13; *Hamann*, NJW 1957, 1423; *OLG München*, Urt. v. 24. 10. 1957, NJW 1958, 1298/1300.

¹²⁰ So *Jesch* (FN 119), S. 204/205.

¹²¹ So *Rupp* (FN 119), S. 140/145.

¹²² So *Vogel*, VVDStRL 24 (1966), S. 147/175 (unter Verdrängung des objektivrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes durch den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt).

und belastenden Wechselwirkungen aller Staatsinterventionen; die Gesetzesabhängigkeit jedweder individuellen Freiheitsbetätigung.

Die Gegenargumente, die den legalitätsfreien Raum der Verwaltung verteidigen sollen, berufen sich auf die Rechtstradition, die in der konstitutionellen Monarchie wurzelt, und auf die Praktikabilität (Überforderung des Gesetzgebers und Lähmung der Verwaltungsinitiative). Doch haben diese Gründe kaum die Kraft, die Tendenzen aufzuhalten, die darauf ausgehen¹²³, letztlich alles Staatshandeln der förmlichen Legitimation des Gesetzes zu unterwerfen und damit jeden Rest „privater“ Betätigung der öffentlichen Hand auszulöschen.

e) „Partnerschaft“ des Staates — sozial-föderale Kooperation

aa) In dem Maße, in dem die staatliche Gewalt die effektive Macht der gesellschaftlichen Verbände beachtet und ihr Wirken als ordnungsstiftend anerkennt¹²⁴, wandelt sich der Regierungs- und Verwaltungsstil: An die Stelle des einseitigen Befehls tritt die partnerschaftliche Zusammenarbeit¹²⁵. Die Herrschaft geht über in das Arrangement. Der obrigkeitliche Zwang wird verdrängt durch schlicht-hoheitliches oder verwaltungsprivatrechtliches Handeln, der Verwaltungsakt durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag¹²⁶. Dieser Stil des paktierenden Interessenausgleichs tritt gleichermaßen hervor, wenn die Bundesregierung die Richtlinien ihrer Wirtschaftspolitik in „konzertierter Aktion“¹²⁷ mit den Tarifpartnern abstimmt, wenn sie bei unpopulären Maßnahmen sich staatsbürgerliche Loyalität und Wählertreue von den Interessenvertretern durch Subventionsangebote erhandelt oder wenn die Verwaltungsbehörde eine begünstigende Ermessensentscheidung vertraglich von einer Gegenleistung des Antragstellers, die dem öffentlichen Wohl dient, abhängig macht; in anderer Form zeigt sich die Partnerschaft, wenn das Gesetz die Träger öffentlicher Sozialhilfe zur Zusammenarbeit mit den freien Verbänden aufruft¹²⁸. In diesen Formen des Staatshandelns greift der kooperative

¹²³ Zurückhaltend bisher die Judikatur: *BVerfGE* 8, 155 (167); *BVerwGE* 6, 282/284; anders aber *OLG München* (FN 119 c).

¹²⁴ s. o. § 25.

¹²⁵ Der Begriff „partnerschaftlicher Koordination“ beherrscht das heutige Staatskirchenrecht. Vgl. *Hesse*, *JöR nF* 10 (1961), S. 22/35; dens., Partnerschaft zwischen Kirche und Staat?, in: Forster, Das Verhältnis von Kirche und Staat, Würzburg 1965, S. 129/151; *Mikat*, *GR IV/1*, S. 134/147, 201/215; kritisch: *Quaritsch*, H., *Der Staat* 1 (1962), S. 175/197, 289/320; *Obermayer*, *DÖV* 1967, 9/17 mit Nachw. bes. Anm. 12. — Zur Partnerschaft Staat—Verbände: *Lerche*, *Übermaß*, S. 270.

¹²⁶ Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag vgl. *Bullinger*, M., Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962; *Salzwedel*, J., Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958.

¹²⁷ Vgl. § 3 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft v. 8. 6. 1967 (*BGBI. I S. 582*).

¹²⁸ Vgl. § 10 II *BSHG*; analog §§ 5 II, 7 *JWG*. Die sozial-föderale Kooperation

Föderalismus aus dem Bund-Länder-Verhältnis auf die Beziehungen des Staates zur Gesellschaft über¹²⁹ — als Folge jener wechselseitigen Durchdringung und Solidarität, welche diese Beziehungen prägen¹³⁰.

Die Vorzüge der sozial-föderativen Kooperation liegen in der Sachnähe und Anpassungsfähigkeit des Interessenausgleichs, der Effizienz der Aufgabenerfüllung, der freiheitlichen Integration. Den Preis dafür bilden der Mangel an Publizität und an rechtlicher wie politischer Kontrolle, die Gefährdung des Gleichheitsgebotes, die Lähmung der staatlichen Elastizität durch Vertragsbindungen, die Versuchung zur politischen Korruption, letztlich die Bedrohung staatlicher Autorität.

bb) Die „Partnerschaft“ bietet sich im Bereich der öffentlichen Staatsaufgaben als zeitgemäßes Seitenstück zur „Privatautonomie des Fiskus“¹³¹ an. Sie scheint eine echte Alternative zum Subsidiaritätsprinzip zu enthalten¹³² — eine Alternative auf der Basis der Gleichheit.

Echte Partnerschaft setzt eine doppelte Gleichheit voraus: im rechtlichen Status der Partner und im Ziel der Zusammenarbeit. Der Staat ist aber seinen gesellschaftlichen „Partnern“ wesentlich übergeordnet. Er begibt sich freiwillig auf die künstlich geschaffene Koordinations-ebene; jederzeit kann er die Partnerschaft in ein Subordinationsverhältnis zurückverwandeln. — Die sozial-föderale Zusammenarbeit muß zwar auf das gemeinsame Ziel eines öffentlichen Interesses ausgerichtet sein. Aber allein der Staat ist mit rechtlicher und politischer Verantwortlichkeit unentrinnbar auf das Ziel festgelegt.

Diese nur sehr begrenzten Gleichheitsmomente geben noch keine Auskunft über das Maß der Arbeitsteilung innerhalb der Kooperation — erst

zeigt sich auch in der Heranziehung Privater in öffentlich-rechtliche Gremien; dazu zusammenfassend *Dagtoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und als Interessenvertreter. Sie zeigt sich in der Zusammenarbeit im Bereich technischer Daseinsvorsorge (dazu *Leisner*, Grundrechte, S. 211) sowie im Subventionsverhältnis, dessen bestimmendes Merkmal die Kooperation ist (dazu *Zacher*, VVDStRL 25, 1967, S. 319, 331, 395).

¹²⁹ Vgl. *Krüger*, Staatslehre, S. 511; *Weber*, W., Spannungen, S. 49/64, Zu den gruppenbündischen Tendenzen. Weit. Nachw. s. o. § 25; Zum kooperativen Föderalismus s. u. § 49.

¹³⁰ Dazu o. §§ 26, 34, 40.

¹³¹ Dazu o. § 42.

¹³² In diese Richtung bewegen sich die Ausführungen der *BVerfGE* 22, 180 (202, ähnl. 201): § 5 III JWG wolle der freien Wohlfahrtspflege nicht schlechthin einen Vorrang einräumen, vielmehr „die längst auch im Fürsorgewesen übliche und bewährte Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Trägern der Sozialhilfe und den freien Wohlfahrtsverbänden gewährleisten, um mit dem koordinierten Einsatz öffentlicher und privater Mittel den größtmöglichen Erfolg zu erzielen“. Vgl. auch *Janssen*, K., ZEE 3 (1959), 166; *Scholz*, Wesen, S. 166 (gemeindlich-gesellschaftlicher „Konnex“ gegen Subsidiarität); weit. Nachw. *Traub*, J., in: *Suhr*, Stimmen, S. 195/196. — Vgl. auch *Möller*, Subventionsverwaltung, S. 199.

hier erhebt sich die Frage nach der Rangfolge im Handeln. Ein normativer Gleichrang ist keine notwendige Bedingung der Partnerschaft. Er ist auch ausgeschlossen, weil der Staat seine letzte Verantwortung und seine verbindliche („souveräne“) Interpretationskompetenz¹³³ für die Forderungen des Gemeinwohls nicht teilen kann. Eine gemeinschaftliche Dispositionsbefugnis der „Partner“, eine umfassende öffentlich-rechtliche „Vertragsfreiheit“¹³⁴ kann die Zusammenarbeit nicht leiten, denn die gemeinsame Freiheit schlägt leicht in das einseitige Diktat der überlegenen staatlichen Gewalt um. Überdies ist das öffentliche Interesse kein Gegenstand freier Verfügung; die öffentliche Gewalt kann sich ihren Pflichten ebenso wenig vertraglich entziehen, wie die Individuen sich ihrer „unveräußerlichen“ Menschenrechte (Art. 1 II GG) entledigen können. Die Überlegenheit der öffentlichen Gewalt und ihre erhöhte Bindung an das bonum commune sprechen eher für die Lösung, daß sie den gesellschaftlichen „Partnern“ den Vortritt im Handeln beläßt, soweit das Gemeinwohl es gestattet. So kann sich die Zusammenarbeit gerade in der Subsidiarität des Staates sachgerecht erfüllen¹³⁵.

cc) Das Phänomen der „Partnerschaft“ braucht in seiner fragwürdigen verfassungsrechtlichen Bedeutung nicht näher untersucht zu werden. Jedenfalls kann ihm kein Argument für den staatlichen Gleichrang im Handeln und gegen die Subsidiarität entnommen werden.

4. Zwischenergebnis — Folgerungen

a) Da keine prinzipielle Alternative zum Subsidiaritätsprinzip als Regulativ des Verhältnisses von Staat und Grundrechtsträgern nachgewiesen werden kann, widerspricht das Prinzip der Verfassung nicht schlechthin. Es bleibt die Frage übrig, ob das Grundgesetz den Vorrang der Gesellschaft normativ sanktioniert habe oder ob es sich die Lösung offen halte¹³⁶.

¹³³ Dazu o. § 35.

¹³⁴ Zur öffentlich-rechtlichen „Vertragsfreiheit“: *Bullinger* (FN 126), S. 17/19, 31/110.

¹³⁵ So die Lösungen des BSHG und JWG, die das *BVerfG* (FN 132) im Ergebnis bestätigt hat — vgl. *Küchenhoff*, G., NJW 1968, 434/435. — Soweit Subsidiarität und Partnerschaft gegeneinander ausgespielt werden (s. o. FN 132), liegt der Grund wohl auch darin, daß Subsidiarität als polemisches und nicht als notwendig homogenes (s. o. § 34) Verhältnis gedeutet wird, dessen bestimmendes Merkmal die wechselseitige Solidarität ist.

¹³⁶ Die These, das Grundgesetz überlasse es dem Gesetzgeber, sich für das Subsidiaritätsprinzip zu entscheiden, vertreten: *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 305, 315, und JZ 1965, 634 (Besprechung von Lerche, Verfassungsfragen); *Bachof*, Verbot, S. 15/16; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 169/181; *Ule*, Gutachten, S. 28/29; *Zacher*, Freiheit, S. 82; *Reissmüller*, Diss., S. 52/57; *LG Hannover*, Urt. v. 10. 5. 1962, BB 1962, 733; ausdrücklich auch *BVerwGE* 23, 304 (306/307); einschlußweise *BVerfGE* 22, 180 (200/209).

b) Allerdings ist der Entscheidungsspielraum erheblich eingeengt. Die Gestaltungsfreiheit, die der öffentlichen Hand verbleibt, kann nicht als (innerstaatliche) Souveränität gedeutet werden. Souveränität bezeichnet etwas Ursprunghaftes, Unverfaßtes, Willkürliches. Die rechtsstaatliche Gestaltungsfreiheit aber konstituiert nicht „souverän“ die staatliche Ordnung, sondern wirkt innerhalb der Ordnung, als rechtlich verfaßte Macht. Sie ist notwendig auf das Ziel des Gemeinwohls und seine Konkretisierungen in den öffentlichen Zwecken bezogen. Sie ist durch spezifische Schranken förmlicher und sachlicher Art begrenzt. Diese determinierte Freiheit ist wählende Wertverwirklichung — *Ermessen*¹³⁷.

Das Ermessen — ursprünglich nur auf gesetzesabhängiges Verwaltungshandeln bezogen — bezeichnet heute den mehr oder weniger weiten Entscheidungsspielraum bei allen staatlichen Organen, sogar beim Gesetzgeber. In der Zähmung und Läuterung der Souveränität zum Ermessen hat sich die von Carl Schmitt beobachtete Tendenz der rechtsstaatlichen Entwicklung erfüllt, den Souverän mit absoluter Deziisionskompetenz zu beseitigen¹³⁸. Der umfassende Ermessensbegriff krönt den Sieg des Intellektualismus im Verfassungsrecht.

Das Ermessen bildet den möglichen Geltungsraum des Subsidiaritätsprinzips¹³⁹. Die Fragestellung verengt sich nunmehr darauf, ob das Subsidiaritätsprinzip zu den normativen Richtpunkten des Ermessens gehört¹⁴⁰. Die bisherigen Ergebnisse haben auf verschiedene Rechtsschranken zugunsten der gesellschaftlichen Rechtssubjekte geführt. Es bedarf nur noch eines einzigen Gliedes der Beweiskette, um das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsnorm zu erweisen — es muß nachgewiesen werden, daß der freiheitlichen Betätigung der Grundrechtsträger schlechthin der Vorrang vor der staatlichen Machtentfaltung gebühre.

¹³⁷ Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung vom „Ermessen des Gesetzgebers“ aus: E 1, 14 (32); 4, 7 (18); 4, 31 (40, 41); 10, 89 (102, 104); 21, 362 (370). Übersicht bei *Lerche*, *Übermaß*, S. 88, Anm. 214.

Auswahl aus der Literatur zum Ermessen: *Bachof*, O., JZ 1955, 97/102; *Bettermann*, K. A., *Der Staat* I (1962), 79/92; *Ehmke*, H., „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960; ders., *Wirtschaft*, S. 70; *Forsthoff*, E., *Lehrbuch*, § 5; ders., *Maßnahme-Gesetze*, S. 95/96; *Jesch*, D., AöR 82 (1957), S. 163/249; *Lerche*, P., *Ermessen*, StL, Bd. 3, Sp. 12/17; ders., *Übermaß*, S. 86/96 und passim; ders., AöR 90 (1965), 341/372 (bes. S. 344/345); *Obermayer*, K., NJW 1963, 1177/1184; *Rupp*, H. H., *Grundfragen*, S. 119, 177/221; *Scheuner*, DJT-Festschrift II, S. 260; *Schmatz*, H. P., *Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht*, Berlin 1966, bes. S. 25/42; *Schulz-Schaeffer*, H., *Staatsform*, S. 149/154; *Stein*, E., *Wirtschaftsaufsicht*, S. 110/112; *Stern*, K., *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung*, Berlin 1964; *Wolff*, H. J., *Verwaltungsrecht* I, § 31; *Zippelius*, *Wertungsprobleme*, S. 199/200 (Nachw.).

¹³⁸ *Schmitt*, C., *Politische Theologie*, S. 13.

¹³⁹ Vgl. *Lerche* (*Übermaß*, S. 86) zum Standort des *Übermaßverbotes*.

¹⁴⁰ Zum gesetzgeberischen Ermessen in der Verwirklichung des (nicht verfassungsrechtlich sanktionierten) Subsidiaritätsprinzips: *BVerwGE* 23, 304 (306).

III. Rechtfertigung der staatlichen Subsidiarität

Für die Frage, ob das Grundgesetz das Subsidiaritätsprinzip als ungeschriebene Norm enthalte, müssen nicht nur die Regelungen untersucht werden, die unmittelbar das Verhältnis von Staat und Gesellschaft betreffen (4), sondern auch diejenigen, welche die innerstaatliche Organisation (2) und das innergesellschaftliche Gefüge (3) bestimmen und in analogiefähiger Weise des Subsidiaritätsprinzip punktuell zum Ausdruck bringen. Vorweg öffnet sich ein apriorischer Lösungsweg in der Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip, falls es als Naturrechtssatz gelten sollte, ipso iure auch Bestandteil des positiven Rechts sei, da das Grundgesetz sich zum überpositiven Recht bekenne (1).

1. Globale Positivierung des Naturrechts?

Der Bonner Verfassungsgeber bekannte sich zu vorgegebenen, überpositiven Rechten¹. Damit ist es möglich geworden, zwischen Normen, die der Verfassungsgeber deklaratorisch anerkannt, und Normen, die er konstitutiv geschaffen hat, zu unterscheiden und innerhalb des Verfassungstextes nach dem Maßstab der ursprünglichen Naturrechtsqualität eine Stufung der Normen zu erkennen. Diese Fortsetzung der positiven Normenpyramide in das formelle Verfassungsrecht hinein bildet die Voraussetzung für die These der Verfassungsrechtsprechung, daß „verfassungswidrige Verfassungsnormen“ denkmöglich seien².

Da die Anerkennung des überpositiven Rechts in Art. 1 II GG das gesamte übergesetzliche Recht erfassen³ und sich nicht auf die schriftlichen Fixierungen beschränken sollte, ist die Frage berechtigt, ob nicht mit der Globalrezeption des Naturrechts das Subsidiaritätsprinzip, ohne Rücksicht auf den übrigen Verfassungstext, Bestandteil des positiven Verfassungsrechts geworden sei, wenn sich nur die überpositive Geltung

¹ s. o. §§ 27, 31. — Die Bindung des Verfassungsgebers an überpositives Recht wird bejaht von *Dürig*, M—D, Art. 1/73—83 und Art. 79/25; v. *Mangoldt-Klein*, Vorbem. B IV; *Hamann*, GG, Einf., S. 3/4; *BVerfGE* 1, 14 (17) — *Leits.* 21 a. s. auch *Nachw.* FN 2.

² Die These von der Möglichkeit „verfassungswidriger Verfassungsnormen“ geht auf den *BayVerfGH* zurück (E 2, 45 [47]; 3, 28 [47]; 4, 51 [58]; 9, 1 [10]; 11, 127 [128]). Das *BVerfG* hat sich der Auffassung — mit Vorbehalten — angeschlossen (E 3, 225 [331 ff.]). In der gleichen Tendenz: *BGHZ* 11, Anh. S. 34 (40 ff.). Seinen literarischen Anwalt fand die Judikatur in *Bachof* (Verfassungswidrige Verfassungsnormen? — ferner *NJW* 1952, 242). Ähnlich: *Maunz*, Festschrift für Laforet, S. 141/153; *Dürig* (FN 1), Art. 1 II/Rdnr. 82; *Rumpf*, Gehalt, S. 35. Die positivistische Gegenposition hielten: *Apelt*, W. (*NJW* 1952, 1, 733) und *Nawiasky*, H. (*JZ* 1954, 717).

³ Diese Folgerung zieht *Bachof* (Verfassungsnormen, S. 35), weil die Anerkennung des überpositiven Rechts begrifflich keine Teilanerkennung sein könne.

nachweisen lasse⁴. Diese Fragestellung verbleibt innerhalb des positiven Rechts, da sie auf das Maß der Anerkennung durch den Verfassungsgeber abstellt. Denn mit ihr sollte nicht das Grundgesetz in den Rang des *ius naturale* gehoben, sondern nur dem *ius naturale* im geschriebenen Gesetz ein zusätzlicher selbständiger Geltungsgrund gegeben werden.

Jedoch erscheint dieser Lösungsweg wenig sinnvoll. Sollte sich nämlich das Subsidiaritätsprinzip mit den üblichen juristischen Methoden als ungeschriebenes Element des positiven Verfassungsrechts nachweisen lassen, so zeigte sich der Umweg über das Naturrecht als entbehrlich. Sollte sich dagegen das Subsidiaritätsprinzip als eine Forderung der materialen Gerechtigkeit zu erkennen geben, die keinerlei Beziehungen zum geschriebenen Verfassungstext aufwiese, so wäre es äußerst zweifelhaft, ob die Naturrechtsrezeption auch in diesem Falle von der Rechtsprechung und Lehre gebilligt würde. Da sich in der Gegenwart kein Naturrechtssystem in vollem Maße durchgesetzt hat⁵ und überdies der Verfassungsgeber auf keine Konzeption hat zurückgreifen können⁶, würde im Regelfall bereits die Erkenntnisfrage die rechtsanwendenden Organe überfordern. Die Rechtssicherheit, die allein das positive Recht gewährleistet, würde überdies in hohem Maße gefährdet, wenn der Rekurs auf das übergesetzliche Recht (oder auf eine subjektive Vorstellung seines Inhalts) frei stünde. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb auch festgestellt, daß das Gut der Rechtssicherheit nur in äußersten Konfliktfällen vor widerstreitenden Gerechtigkeitspostulaten weichen dürfe⁷.

⁴ Die Stellungnahmen zu der Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip im Wege der Naturrechtspositivierung Verfassungsinhalt geworden sei, zeigen bemerkenswerte methodische Unsicherheit und Unklarheit. Vor allem werden zu meist die Fragen nicht klar unterschieden, ob das Subsidiaritätsprinzip als Naturrechtssatz vom GG rezipiert worden sei oder ob es an sich überpositives Recht darstelle und somit gelte. Ein Beispiel für eine solche Vermengung der Kategorien liefert Glaser, Diss., S. 71/86. Thieme (Subsidiarität, S. 16/18) folgert, das Subsidiaritätsprinzip sei kein Gerechtigkeitspostulat, da Sozialisten und Protestanten es ablehnten. Zumindest mißverständlich formuliert Zacher (Freiheit, S. 79), jedenfalls sub specie der anerkannt geltenden Rechtsordnung sei das Subsidiaritätsprinzip als Naturrechtssatz nicht verbindliches Recht. Wenigstens folgerichtig ist dagegen die kurze (ablehnende) Stellungnahme von Bernzen (Diss., S. 50/51).

Das eindrucksvollste Beispiel für den (unreflektierten) Überstieg von einem Naturrechtssystem in das positive Verfassungsrecht stellt der Beitrag *Süsterhenns* in der Festschrift für Nawiasky dar. Weitere Beispiele für den Synkretismus von Natur- und Verfassungsrecht: s. o. § 28 (besonders Küchenhoff, G., Staatsverfassung).

⁵ Vgl. bes. Kaufmann, A., JZ 1963, S. 137/148. — s. auch Forsthoffs Kritik an der Hofphilosophie der Bundesgerichte, die in der „Philosophie von vorgestern“ (Scheler, Hartmann) gründe (vor allem: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 154 und passim).

⁶ s. o. §§ 27, 31.

⁷ E 3, 225 (331 ff.): Nur die Überschreitung „äußerster Grenzen“ der Gerechtigkeit könne zur Nichtigkeit von Verfassungsnormen führen. BVerfGE 10, 59 (81) lehnt ausdrücklich ab, daß ein naturrechtlicher Satz schon aus dieser

Letztlich ist es auch nicht das Ziel der Lehre von der Naturrechtspositivierung, die Grundentscheidung des Verfassungsgebers von Naturrechtsvorstellungen in Frage zu stellen, sondern es ist gerade ihr Ziel, diese Grundentscheidung für unantastbar zu erklären. Sie soll nicht nur die Denaturierung durch spätere Verfassungsänderungen verhindern (hier bildet bereits Art. 79 III GG eine Sperre), sondern vor allem vereiteln, daß die Auslegung der Verfassungsurkunde über den kontingenten Einzelvorschriften die eigentliche „positive Verfassung“ mißachtet⁸.

Der „naturrechtliche“ Gehalt der positiven Verfassung liegt in der Dezision für die Würde des einzelnen Menschen als der Grundlage der staatlichen Ordnung — in der *personalistischen* Ausrichtung der Verfassung, die das eigentliche Werk der Naturrechtsrenaissance darstellt⁹. Die Menschenwürde bildet den axiomatischen Höchstwert des Verfassungssystems. Damit ist der Auslegung des Verfassungstextes eine materiale Richtlinie gegeben.

Der Personalismus bildet die wesentliche Voraussetzung für eine verfassungsimmanente Geltung des Subsidiaritätsprinzips. Jedoch vermag er allein die Geltung nicht zu erweisen, weil er nur die allgemeine Richtung der staatlichen Legitimation angibt und nicht in die Ebene juristischer Konkretisierung hinabreicht, die dem Subsidiaritätsprinzip in seiner rechtstechnischen Gestalt gemäß ist.

Auch der Satz von der Menschenwürde, in dem der Personalismus seinen höchsten normativen Ausdruck gefunden hat, ist, isoliert betrachtet, zu abstrakt, um das Subsidiaritätsprinzip zu sanktionieren, es sei denn, der Inhalt von Art. 1 GG würde a priori mit einem ideologischen System gefüllt¹⁰. Es bedarf also des Rückgangs auf die konkreten Bestimmungen des Verfassungstextes, in denen die einzelnen Züge des grund-

Qualifikation heraus geltendes Recht sei, da die Vielfalt von Naturrechtsätzen und -lehren es verbiete, nach mehr oder weniger Gutdünken den einen Rechtssatz als verbindlich, den anderen als unverbindlich anzunehmen. — Diese Entscheidung kennzeichnet deutlich die gegenwärtige Lage, in der die naturrechtliche Begeisterung zu skeptischer, relativistischer Betrachtung abgeklüht ist.

⁸ Zur Eigenart der „positiven“ gegenüber der formellen Verfassung s. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 20/36.

⁹ Zum personalistischen Naturrecht als neuer „Verfassungsgrundstimmung“ s. *Leisner*, Grundrechte, S. 113/151; *Rumpf* (FN 2), S. 34/35.

¹⁰ Von diesem Vorwurf ist die Arbeit *Wertenbruchs*, Grundgesetz und Menschenwürde, nicht völlig freizusprechen. Vgl. die Rezension *H. Krügers*, AöR 86 (1961), 352. Wertenbruch gelangt zu einer Rechtfertigung des Subsidiaritätsprinzips dadurch, daß er den Satz von der Menschenwürde a priori mit einer materialen personalistischen Ideologie auffüllt (vgl. bes. S. 202/203). Aus Art. 1 GG wird ebenfalls das Subsidiaritätsprinzip abgeleitet von *Dürig*, M—D, Art. 1/Rdnr. 54; *Bernzen*, Diss., 94/95; *Süsterhenn*, Festschrift f. Höffner, S. 231; *Peters*, AfK 6 (1967), 10/13, 15; vgl. auch *Achinger-Höffner-Muthesius-Neundörfer*, Denkschrift, S. 22/23.

gesetzlichen Menschenbildes hervortreten und sich das Bild des Staates genauer darstellt. Wohl aber finden die demokratischen wie föderalen, die sozialstaatlichen wie liberalen Komponenten des Verfassungsrechts im Satz von der Menschenwürde ihren gemeinsamen Grund und ihr gemeinsames Richtmaß, so daß zumindest fundamentale Antinomien verhindert werden. Da sich die Menschenwürde genauer inhaltlicher Erfassung entzieht, seien ihre positivrechtlichen Ausstrahlungen betrachtet¹¹.

2. Analogieschluß aus staatsorganisatorischen Subsidiaritätsbestimmungen

Die Untersuchung, ob sich in den staatsorganisatorischen Bestimmungen des Grundgesetzes der Subsidiaritätsgedanke niedergeschlagen hat, verheißt keine unmittelbaren Aufschlüsse für die Frage, ob das Außenverhältnis von Staat und Gesellschaft unter dem Gesetz der Subsidiarität steht. Nachrangmaximen im staatlichen Innenbereich können allenfalls mittelbare Bedeutung erlangen, wenn sich nachweisen läßt, daß sie beispielhaft eine Subsidiarität darstellen, die alle verfassungsrechtlich geordneten Lebensbeziehungen umgreift, und daß sie tragfähige Pfeiler für eine Analogie abgeben können, welche die rechtliche Kluft zwischen Staat und Gesellschaft überbrückt. Die Voraussetzungen einer solchen Analogie liegen vollständig vor, falls nach dem Ordnungsbild der Verfassung Bund, Länder, Gemeindeverbände, Gemeinden und sonstige Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung die Spitze einer sozialen Stufenpyramide bilden, die, sich in gleichmäßiger Weise verbreiternd, sich in den gesellschaftlichen Raum hinein fortsetzt und schließlich auf dem Bereich der einzelnen Bürger als Basis aufruht¹².

¹¹ *Zippelius* (BK, Art. 1/Rdnr. 7—11), der die Menschenwürde als „wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff“ darstellt, zeigt, daß die Leistungsfähigkeit der Methode, den Begriff aus dem Kontext des GG zu erhellen, begrenzt sei, da der Begriff der Menschenwürde bereits vorausgesetzt werde. — Für den Zweck dieser Arbeit genügt aber das vorläufige Vorverständnis der Menschenwürde aus dem Entstehungshintergrund der Verfassung. Entscheidend ist für die Rechtfertigung des Subsidiaritätsprinzips allein die zentrale Stellung des Art. 1 I GG in der verfassungsmäßigen Wertordnung (dazu *Zippelius*, BK, Art. 1/Rdnr. 26 mit Nachw.).

Grundsätzlich zum Inhalt der Menschenwürde: *Dürig*, M—D, Art. 1 I/Rdnr. 1—54; *Wertenbruch* (FN 10); *Zippelius*, a.a.O., Rdnr. 1—40 — jeweils mit Nachw.

¹² Aus grundrechtlichen und kompetenzrechtlichen Bestimmungen wird versucht, im Wege der Rechtsanalogie das Subsidiaritätsprinzip als durchgehendes Regulativ des Verfassungsrechts zu erweisen, in einer aufsteigenden Stufenfolge vom Einzelnen über Familie und freie Verbände zu den innerstaatlichen Gliederungen — so von *Dürig* unter Berufung auf Art. 1, 6, 20, 28 und 79 GG (JZ 1953, 198; ähnlich in M—D, Art. 1/Rdnr. 53—54); *Fröhler* (Zeitschrift für Sozialhilfe, 1963, S. 100: Art. 1, 6, 7, 9, 20, 28 II, 79 III GG); *Maunz* (M—D, Art. 28/1: Art. 2, 6, 9, 28, 30, vor allem unter Bezugnahme auf das Verhältnis der

Einem innerstaatlichen Subsidiaritätsprinzip käme als Modellfall besondere Bedeutung zu, weil der organisatorische Teil des Grundgesetzes gegenüber dem grundrechtlichen normativ stärker verdichtet ist und somit Einsichten über Rechtsnatur und Praktikabilität eines verfassungsrechtlichen Nachranggrundsatzes zu erwarten sind.

Damit ist der Gang der Untersuchung vorgezeichnet: zunächst ist der staatsorganisatorische Teil — soweit er die Beziehungen zwischen Bund und Ländern sowie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatlichkeit regelt — auf Subsidiaritätsgehalte hin zu analysieren, dann ist die Frage nach der Übertragbarkeit auf die Außenbeziehungen der öffentlichen Gewalt zu stellen.

a) Die Einzelregelungen

aa) Der Bundesstaat

Nur wenige Bestandteile in dem vielschichtigen Gefüge des Bundesstaates können für die Subsidiaritätsproblematik bedeutsam sein. Sogar die Frage, wie die unitaristischen und föderalistischen Gewichte verteilt

Gemeinden, Gemeindeverbände und Länder zueinander; ähnlich in Staatsrecht, § 10 II 7); *Menger* (Begriff, S. 28: freie Verbände, kommunale Selbstverwaltung und föderale Strukturen); *Süsterhenn* (Gutachten, S. 17/19: Art. 1, 2, 6, 9, 28 II, 30, 70 72 II, 75, 105 II GG; ähnlich in: Festschrift für Nawiasky, S. 142/145, in: Föderalistische Ordnung, S. 32/39 und in: Festschrift für Höffner, S. 230/233); *Wertenbruch* (Grundgesetz, S. 54/55; Art. 1, 28 II, 30 ff. GG); *Wittkämper* (Grundgesetz, S. 201: Koalitionen, Kirchen, Kommunen, Länder).

Ähnliche Induktionsschlüsse aus einzelnen Regelungen des Grundgesetzes auf ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip des Verfassungsrechts finden sich bei *Geiger*, BayVBl. 1964, 66 (Subsidiaritätsprinzip als politisches Ordnungsprinzip); *Hamann*, W., Diss.; *Hauser*, R-St-W IV, S. 12/14; *Kipp*, DÖV 1956, 561; *Küchenhoff*, G., BayVBl. 1958, 65/67; dems., RdA 1959, 202; dems., RdA 1960, 210, FN 50; dems., NJW 1968, 435/436; *Roellenbleg*, R., DÖV 1968, 233.

Zu einer Zusammenschau öffentlicher und privater Vereinigungen, die dem gesellschaftsorganischen Föderalismus entspricht, gelangt die Kommentierung von *Süsterhenn-Schäfer* (Kommentar, S. 73) zu Art. 1 II Verfassung von Rheinland-Pfalz vom 18. 5. 1947. Aus der Verfassungsbestimmung, die dem Staat die Aufgabe zuweist, „das Wohlergehen des Einzelnen und der innerstaatlichen Gemeinschaften durch die Verwirklichung des Gemeinwohls zu fördern“, wird eine subsidiäre Ordnung herausgelesen, auf die der Staat festgelegt sei. Zu den Gemeinschaften zwischen Individuum und Staat sollen gehören: „Familien, Gemeinden, Gemeindeverbände, berufsständische Leistungsgemeinschaften, Wirtschaftskörperschaften, Heimatlandschaften, Kirchen, Kulturverbände und die Fülle der freien Vereinigungen.“

Dagegen werden allenfalls punktuelle Verwirklichungen des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsrecht anerkannt, die Rechtsanalogie zu einem allgemeinen Grundsatz wird jedoch schlechthin abgelehnt bei *Thieme*, Subsidiarität, S. 19/20; *Herzog*, Der Staat 2 (1964), 411/417; dems., EvStL, Sp. 2267/2268; *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 26/34; dems., Gemeinden, S. 9/26; *Scholz*, Wesen, S. 46/49; *Zacher*, Freiheit, S. 80/81; *Möller*, Subventionsverwaltung, S. 114/117; *Glaser*, Diss., vor allem S. 102/103, 133/135; *Schütz*, Diss., bes. S. 244/248; *BVerwGE* 23, 304 (306/307).

worden sind, ist noch zu weit gefaßt¹³. Entscheidend ist allein, ob die *Zuständigkeitsordnung* zwischen Bund und Ländern eine Subsidiaritätsvorstellung verwirklicht.

a) Die Grundregel der bundesstaatlichen Kompetenzzumessung bildet Art. 30 GG, wonach die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit die Verfassung keine Ausnahme vorsieht. Dieser Grundsatz wird für das Gebiet der Gesetzgebung in Art. 70 I und für das der Verwaltung in Art. 83 wiederholt. Obwohl die unmittelbare juristische Bedeutung der Grundsatzbestimmungen des Art. 30 angesichts der Einzelregelungen der Kompetenzen im VII. bis X. Abschnitt des Grundgesetzes gering ist, obwohl der Wert der Generalklausel gerade in dem wichtigsten Bereich, dem der Gesetzgebung, durch ein dichtes Enumerativsystem der Bundeszuständigkeiten praktisch in sein Gegenteil verkehrt ist, hat die Vorschrift des Art. 30 GG grundlegende Bedeutung für das Wesen des gegenwärtigen Bundesstaates. Sie gibt in abgeschwächter Form der These eines der Väter der föderalen Verfassung Ausdruck, daß die Staatlichkeit bei den Ländern verblieben sei, soweit diese nicht ausdrücklich auf einen Teil ihrer Staatshoheit verzichtet hätten¹⁴. Art. 30 GG leitet aus dem historischen Tatbestand eine normative Rechtfertigung her: da die Länder (zeitlich) vor dem Bund da waren, verdanken sie ihm auch (normativ) nicht ihr Daseinsrecht, sondern stehen als „ursprüngliche“ Gebilde dem Zentralstaat gegenüber¹⁵. In Art. 30 mit seinen rechtlichen Ausläufern in Art. 70 und 83 gelangt so das Prinzip des *Staatsaufbaus* „von unten nach oben“ als Form der bundesstaatlichen Legitimation zum Ausdruck¹⁶.

β) In dem von unten her sich aufbauenden Staat kommt den Ländern „grundsätzlich“ das Ganze der staatlichen Kompetenzen und der Primat der Ausübung zu. Zwischen Bund und Ländern herrscht also das Ver-

¹³ So führt die in diesem Zusammenhang bedeutsame Frage, wie die Länder an der Willensbildung des Gesamtstaates mitwirken (Bedeutung des Bundesrates etc.), über das Subsidiaritätsprinzip hinaus, das sich zum *status activus* der Länder indifferent verhält — vgl. Stadler, *Föderalismus*, S. 126/133. Der Versuch in dem von Triepel geprägten Gegensatzpaar Unitarismus—Föderalismus nur die föderalistische Tendenz für subsidiaritätsgemäß zu erklären (so grundsätzlich Schütz, Diss., S. 168/224), erkennt letztlich, daß gerade das Subsidiaritätsprinzip eine Unitarisierung zuläßt, wenn das Gemeinwohl es erfordert — vgl. dazu Zacher, *VVDStRL* 21 (1964), S. 131.

¹⁴ So der Abg. Laforet in der 6. Sitzung des Hauptausschusses (19. 11. 1948) — HA-Sten-Prot., S. 75 (vgl. *JöR n. F.* 1, S. 297).

¹⁵ Vgl. *BVerfGE* 1, 14 (18, 34); Wernicke, in BK, Art. 20, II 1 b; Maunz, M—D, Art. 20/5, 11, 30/6 mit Nachw.; Leisner, *BayVBl.* 1966, 331. Damit wird eine Deutung des Bundesstaates ausgeschlossen, nach der die Länder nur im Wege der Dezentralisation aus der Bundesgewalt abgeleitet sind (so die Auffassung Kelsens, *Staatslehre*, S. 189/190).

¹⁶ Dazu o. § 24. Dieses Prinzip ersetzt geradezu die bundesvertragliche Grundlage, die dem GG fehlt (arg. Art. 144 I).

hältnis der *Subsidiarität*¹⁷. Mag im praktischen Ergebnis für die Länder auch nur eine Komplementärfunktion gegenüber dem Bund übrig bleiben, so ist doch die Vorrangentscheidung zugunsten der Länder gefallen:

¹⁷ Auf einer anderen Ebene liegt die rechtstechnische Gesetzeskonkurrenzbeziehung zwischen Art. 30 und den Bundeskompetenzen, denen der „Soweit“-Satz Vorrang einräumt. Diese „Subsidiarität“ wird konstatiert bei von Mangoldt-Klein, Art. 30 III 2, und Hamann, Grundgesetz, Art. 30 A.

Den Ausdruck des ideologischen Subsidiaritätsprinzips erkennen in Art. 30 GG: Barion, Der Staat, 2 (1964) 20; Jerusalem, Festschrift für Laforet, S. 47; Küchenhoff, BayVBl. 1958, 65; Maunz, Staatsrecht, § 10 II 7 und M—D, Art. 28/Rdnr. 1; von Mangoldt-Klein, Art. 30 III 2 (S. 751), III 2 c (S. 753); Kleinrahm, K., DÖV 1952, 105.

Die Geltung des Subsidiaritätsprinzips als positiv-rechtliche Norm bundesstaatlicher Beziehungen im Grundgesetz wird ferner anerkannt von Buchsbaum, BayVBl. 1959, 141; Dürig, JZ 1953, 198; dems., in Maunz-Dürig, Art. 1/53—54; dems., VVDStRL 21 (1964), 115; Fröhler, Zeitschrift für Sozialhilfe, 1963, 100; Geiger, BayVBl. 1964, 65/67, 113; Glaser, Diss., S. 99/102; Grewe, DRZ 1949, 50; Kalkbrenner, JZ 1963, 211; Kipp, DÖV 1956, 561; Küchenhoff, RdA 1959, 202; dems., RdA 1960, 210, FN 50; dems., NJW 1968, 435; Matz, DÖV 1949, 182; Mayers, in Süsterhenn, Föderalistische Ordnung, S. 51; Menger, Begriff, S. 28; von Münch, JZ 1960, 304/306; Pathe, DVBl. 1951, 682; Peters, Festschrift für Kaufmann, S. 295 (implizit); Roellenbleg, Die Rechtsstellung der Filmbewertungsstelle, Diss., München 1963, S. 42/43; Schmolders, Finanzpolitik, 2. A., Berlin 1960, S. 43/44; Schütz, Diss., S. 223/224; Süsterhenn, Festschrift für Nawiasky, S. 152/153; dems., Gutachten, S. 18; dems., Festschrift für Höffner, S. 232; Thieme, Subsidiarität, S. 19; Wertenbruch, Grundgesetz, S. 54/55; Wittkämper, Grundgesetz, S. 201.

Dabei werden als Ausdrucksformen der bundesstaatlichen Subsidiarität aufgeführt von Dürig (JZ 1953, 198): Art. 20, 79; Süsterhenn, Festschrift für Höffner: Art. 30, 70, 83, 72; v. Münch: Art. 20, 28 I, 91 II 1 und Küchenhoff, (BayVBl. 1958, 65): Art. 30, 72 II, 75, 83 ff., 84, 105 II. Köttgen (JöR n. F. 3, 71) deutet Art. 84 und 85 als „Praktikabilitätsvoraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips“.

Auf der Ebene der Allgemeinen Staatslehre wird im Bundesstaat als solchem eine (mögliche) Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips gesehen bei Armbruster, StL, 3. Bd., Sp. 385/386; Hauser, R-St-W IV, S. 14; von der Heydte, in: Süsterhenn, Föderalistische Ordnung, S. 14; Kügi, Sinn, S. 50; Kipp, Staatslehre, S. 105; Küchenhoff, Staatslehre, S. 30/32, 91, 208; Marcic, Gesetzesstaat, S. 63, 347, 430; Süsterhenn, Föderalistische Ordnung, S. 130.

Die umfassendste und nuancierteste Untersuchung, die bisher den Zusammenhängen des Subsidiaritätsprinzips mit der Bundesstaatlichkeit als Idee und Realität des (Schweizer) Staatsrechts gewidmet wurde, ist die Arbeit von Stadler, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus (1951).

Abgelehnt wird der Bezug des Bundesstaates zum Grundgesetz vor allem mit der Begründung, der Bundesstaat fordere nicht notwendig den Vorrang der Länder, überdies sei das Subsidiaritätsprinzip zu allgemein, um den Bundesstaat zu erfassen: so Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 3; ders., EvStL, Sp. 215; ders., Grundzüge, S. 87.

Trotz punktueller Übereinstimmungen verneint Herzog ein bundesstaatliches Subsidiaritätsprinzip (Der Staat 2, 1964, 412/415), EvStL, Sp. 2267, und JuS 1967, 194. Nach Lerche (VVDStRL 21, 1964, 74/78) ist das Subsidiaritätsprinzip nicht auf den staatlichen Föderalismus übertragbar. Die gesellschaftsföderalen Tendenzen, die bei der Auslegung der Art. 30 GG zum Ausdruck gelangten, verkennen, daß es sich um eine formale Grenzziehung und keine sachliche Kompetenznorm handele (S. 77/78); selbst wenn das staatlich föderative Prinzip an einigen Stellen von solchen Ideologien inspiriert sei, lote es ihre Tiefen nicht aus (S. 75, FN 32).

Ablehnend ferner: Harbich, Bundesstaat, S. 117/118, 154; Emmelius, Diss., S. 111.

nicht sie bedürfen einer speziellen Ermächtigung zum Handeln, sondern der Bund. Hier wirkt sich der Leitgedanke aus, der die Kompetenzverteilung durch den Verfassungsgeber beherrschte, daß die Zentralisierung sich auf das notwendige Maß zu beschränken habe¹⁸. Der Gesichtspunkt, daß die Fähigkeit und die Bereitschaft der Länder, die staatlichen Aufgaben wirksam zu erfüllen, dabei einen Maßstab liefere, klingt mehrfach im Verfassungstext an, nicht zuletzt unter den Leitvorstellungen für die Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 I 2)¹⁹.

Als Kriterium der Aufgabenverteilung folgt die *Leistungsfähigkeit* nicht aus der Finanzmacht der föderativen Instanzen. Unter einer solchen Voraussetzung stünde die ganze Zuständigkeitsordnung unter dem Gesetz des größeren Etats. Vielmehr richtet sich umgekehrt die Zuweisung der Einnahmen nach den Aufgaben, die zu bewältigen sind^{19a}; der Schlüssel des Art. 106 IV 1—3 GG, nach dem die Beteiligungsverhältnisse an der Einkommens- und Körperschaftssteuer zu bemessen sind, läßt dieses Richtmaß erkennen. Entscheidend ist allein, ob die Länder in ihrer regionalen Begrenztheit imstande sind, eine Aufgabe sachgerecht gesetzlich zu regeln und wirksam verwaltungsmäßig wahrzunehmen.

Ob die Bundeskompetenzen, die das Grundgesetz in seinen einzelnen Bestimmungen aufführt, jeweils „notwendig“ und subsidiaritätsgemäß sind, kann nicht von einem archimedischen Punkt außerhalb der Verfassungsurkunde her beurteilt werden, etwa aus der Sicht des Naturrechts oder der Staatsökonomie²⁰. Für die positivrechtliche Betrachtung ist allein bedeutsam, welche Lösungen der Verfassungsgeber getroffen, was er als zentralisierungsbedürftig erkannt und entschieden hat.

γ) Auf einigen Gebieten sind die Zuständigkeiten des Bundes *starr* festgelegt — so für die Gesetzgebung in den ausschließlichen Kompetenzen (Art. 73) und für die Gerichtsverfassung in der Schaffung von Bundesgerichten (Art. 93—96 a). Während sich hier die richtungsweisende Kraft des Subsidiaritätspostulats im Zeitpunkt der Verfassungsentstehung verbraucht hat, ist ein Moment dynamischer Subsidiarität als dauernder Impuls der Bundesstaatlichkeit erhalten geblieben, wo die Zuständigkeitsordnung beweglich ist. Das ist der Fall bei den materiellen Voraussetzungen, die Art. 72 II an die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen stellt, ebenso bei denen, die nach Art. 87 III 2

¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte s. o. § 31.

¹⁹ Vgl. ferner Art. 72 II 1, 2, 92 II 1, 107 II GG. — Daß aber der Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit nur eingeschränkt gelte, betont Herzog, *Der Staat*, 2 (1964), 413/414.

^{19a} Vgl. Hettlage, K. M., *VVDStRL* 14 (1956), 15/20; Maunz, Th., ebd., 48/49.

²⁰ Diesen Weg der Kritik „von außen“ her beschreiten Herzog (*Der Staat*, 2, 1963, 414 — zu Art. 88 GG, und *EvStL*, Sp. 2267, 2271 — zu Art. 73 ff., 87 I) und Emmelius (*Diss.*, S. 113 zu Art. 73 ff.).

und Art. 92 II 1 vorliegen müssen, damit der Bund bestimmte Verwaltungsmaßnahmen treffen kann, die den Rechtskreis der Länder betreffen²¹. Doch sind diese Regeln, in denen die Subsidiarität als *elastische* Maxime gleitender Zuständigkeiten sichtbar wird, nur bei bestimmten Tätigkeiten des Bundes ausdrücklich vorgesehen²².

δ) Für das Verständnis der bundesstaatlichen Subsidiarität kann es erheblich sein, welche *rechtstechnische Gestalt* das Grundgesetz in den Art. 30 und 72 für die Vorrangentscheidung gefunden hat. Vor allem könnte diese Gestalt für eine mögliche Subsidiarität im Verhältnis von Staat und Gesellschaft exemplarische Bedeutung erlangen.

αα) Die herrschende Lehre²³ glaubt in Art. 30 eine *Zuständigkeitsvermutung* zugunsten der Länder zu erkennen, die immer dann eingreife, wenn zweifelhaft sei, ob dem Bund oder den Gliedstaaten eine Befugnis zustehe. Es stellt sich die Frage, welche juristische Relevanz einer solchen Vermutung zukommt.

Wenn sich nach allgemeinen Auslegungsregeln eine Bundeskompetenz nicht aus dem Text des Grundgesetzes erschließen läßt, dann sind nach Art. 30 die Länder zuständig zum Handeln — einer Vermutung bedarf es zu diesem Schluß nicht. Einen anderen Akzent erhielte die „Vermutung“, wenn sie die allgemeinen Auslegungsregeln umgestalten wollte und das Interpretationsgebot enthielte, daß die Bundeskompetenzen als Ausnahmebestände eng auszulegen seien²⁴. Aus den Zuständigkeitsvorschriften des Grundgesetzes, vor allem aus dem „Soweit“-Satz des Art. 30, folgt ein solches Restriktionsgebot nicht. Als allgemeine Maxime juristischer Methodologie ist es überdies völlig unhaltbar; die gesetzliche Wertung eines Tatbestandes als Ausnahme bietet noch nicht einmal die sichere Grundlage für ein Analogieverbot²⁵.

²¹ In Art. 72 II erkennen *Herzog* (Der Staat 2, 1964, S. 414), *Süsterhenn* (Festschrift für Höffner, S. 232) und *Küchenhoff* (FN 17) einen Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips; *Herzog* (a.a.O.) gibt auch einen Zusammenhang mit Art. 87 III 2 zu. Nach *von Münch* (JZ 1960, 305) bringt Art. 91 II 1 das Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck.

²² Ein Beispiel für eine vorsichtige Ausweitung des Art. 72 II über seinen ausdrücklichen Anwendungsbereich hinaus enthält *BVerfGE* 1, 14, 35/36 (zu Art. 118 II). Zur Ausweitung des Rechtsgedankens aus Art. 72 II GG auf andere Tatbestände s. *Kalkbrenner* (FN 17, S. 213); *Herzog* (FN 21, S. 414).

²³ Repräsentativ: *Dennewitz*, BK, Art. 30 II 1, 2; *Hamann*, Das Grundgesetz, Art. 30 A; *Maunz*, M—D, Art. 20/5, 30/1, mit Nachw. FN 2. — Anders aber *BVerfGE* 12, 205 (228/229): Nachdem eine Vermutung zugunsten der Bundeskompetenz abgelehnt worden ist, wird nicht mit einer Gegenvermutung operiert: „Die Systematik des Grundgesetzes fordert vielmehr eine strikte Interpretation der Art. 73 ff. GG.“

²⁴ So *Schneider*, P., DJT-Festschrift II, S. 267/268.

²⁵ Die besonders in der Rechtsprechung im Übermaß strapazierte Regel, daß Ausnahmenvorschriften eng auszulegen seien, wird von *Larenz* (Methodenlehre, S. 260/261) widerlegt; es gelte nur die Regel, daß Ausnahmenvorschriften nicht

Um zu begründen, daß die normativ umrissenen Zuständigkeiten des Bundes nicht über Analogieschlüsse eines „Sachzusammenhangs“ oder ähnlicher Begriffe ausgeweitet werden sollen, bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine Vermutung, die ohnehin zu schwach wäre, um ein solches Ergebnis zu tragen. Wo eine klare Zuständigkeitsverteilung getroffen ist oder wenigstens eine solche, deren Klarstellung die Verfassung für möglich hält (sei es auch im äußersten Streitfalle durch einen verbindlichen Erkenntnisakt des Bundesverfassungsgerichts), dort könnte eine Vermutung allenfalls die Dezision verschleiern. Wo tatsachenunabhängige Rechtsnormen abzugrenzen sind, kann nicht die Unklarheit entstehen, die einer *praesumptio iuris* Raum gibt²⁶.

Wenn nichts zu bezweifeln ist, gibt es auch nichts zu vermuten. Während also in Art. 30 die Zuständigkeitsverteilung die Möglichkeit einer Zuständigkeitsvermutung von vorneherein ausschließt²⁷, bleibt eine solche Möglichkeit allenfalls dort zu erwägen, wo tatsachenbezogene Voraussetzungen des staatlichen Handelns eine Rolle spielen, wie das bei Art. 72 II der Fall ist.

ββ) Art. 72 regelt die Ausübung der konkurrierenden Gesetzeskompetenzen dadurch, daß er den Ländern den Vorrang zuerkennt und das Tätigwerden des Bundes von einer materiellen Bedingung abhängig

weiter auszulegen seien, als der Zweck des Gesetzes es erfordere. Ähnlich *Canaris* (Die Feststellung, S. 181 mit Nachw.): es sei noch nicht einmal die (Gesetzes-) Analogie zu einer Ausnahmebestimmung untersagt, sondern nur die Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses im Wege der Rechtsanalogie. Dieser methodologische Grundsatz gilt auch dort, wo das Gesetz ein Enumerativsystem vorsieht (vgl. *Canaris*, S. 184).

²⁶ *Maunz* (M—D, Art. 30 Rdnr. 1) beruft sich für die Zulässigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtsvermutung darauf, daß diese Vermutung als zivilprozessuales Institut vorhanden sei (mit Zitierung *Rosenbergs*, Die Beweislast, S. 226). Abgesehen davon, daß dieser Schluß vom Zivilprozeß auf das Verfassungsrecht nicht zwingend ist, verkennt *Maunz* das Wesen der Rechtsvermutung, die, wie die Beispiele bei *Rosenberg* (S. 225/241) belegen, das Vorhandensein einer Rechtsfolge betreffen. Mittelbar ergreift somit die *praesumptio iuris* auch die Tatsachen, aus denen sich die Rechtsfolge ableitet — mit der Widerlegung jener (mitvermuteten) Tatsachen wird also auch die Rechtsvermutung entkräftet. Jede Analogiefähigkeit zu der sog. Zuständigkeitsvermutung des Grundgesetzes entfällt damit.

Die Hilfsargumentation von *Maunz*, weder das positive noch das überpositive Recht verbiete eine Vermutung für die Geltung von Rechtssätzen, trifft den Problembereich des Art. 30 GG nicht, da es hier um den Inhalt und die Grenzen, nicht aber um die (unbezweifelte) Geltung der Zuständigkeitsregeln geht — es sei denn, man nähme das Paradox an, das Grundgesetz wolle seinen eigenen Vorschriften gegenüber die Geltung „vermuten“, die es damit selbst als ungewiß ansehen müßte. Eine Geltungspräsumption hätte allenfalls dort Sinn, wo es unmittelbar auch um Fakten geht (Inkrafttreten oder Nichtaufhebung von Rechtssätzen).

²⁷ So auch *Burckhardt*, W., Kommentar zur Bundesverfassung, Bern 1931, Art. 3 II 1, S. 14; *Küchenhoff*, E., AöR 82 (1957), 469 Anm. 124; v. *Mangoldt-Klein*, Art. 30 III 2 a, S. 752/753.

macht — dem Vorliegen eines Bedürfnisses nach bundesgesetzlicher Regelung. Während sich aber die Weimarer Verfassung bei der vergleichbaren Gesetzgebungsmaterie mit einer Bedürfnis-Generalklausel begnügt hatte (Art. 9 WRV), will das Bonner Grundgesetz eine echte „*Vorranggesetzgebung*“²⁸ schaffen und führt drei Tatbestandsalternativen auf, die das Bedürfnis konkretisieren. Die beiden ersten, die den Bund auf eine ergänzende Rolle verweisen, sind eng gefaßt und können praktisch kaum bedeutsam werden²⁹; dagegen enthält die dritte Spielart ein so weitreichendes Tatbestandsmerkmal, die „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit“, daß wohl jedes leidlich sachgerechte Bundesgesetz dieser Anordnung entspricht, da hier die regelmäßig vereinheitlichende Wirkung eines Gesetzes zu seiner Voraussetzung erhoben worden ist³⁰. Allerdings gilt dieses Ergebnis nur unter der Bedingung, daß dem Übermaßverbot, das in Art. 72 II 3 niedergelegt ist („erfordert“), keine bestimmende Kraft zugesprochen wird. Während das Bundesverfassungsgericht aus den Gedanken der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit heraus den Grundrechten starke normative Wirkung verschafft hat³¹, ist den Bund-Länder-Bestimmungen die vergleichbare Effizienz versagt geblieben. Die Liberalisierung mit den Mitteln des Übermaßverbots ist nicht von einer Föderalisierung aus diesem Ansatz heraus begleitet worden³².

Solange wie der in Art. 72 II enthaltene Erforderlichkeitsgedanke nicht aktualisiert wird, kommt der Streitfrage, ob die Merkmale des Art. 72 II gerichtlich nachprüfbar seien, nur geringe Bedeutung zu, da die weiten Begriffe der dritten Bedürfnis-Umschreibung keine auswählende oder ausgrenzende Wirkung zeitigen können. Gleich, ob einzig das „gewissenhafte Ermessen“³³ des Bundesgesetzgebers über die Auslegung befindet oder ob — abgesehen von einem bestimmten Beurteilungsspielraum — die Prüfungsbefugnis des Richters anerkannt wird³⁴ — so bleiben nur (kaum denkbare) Fälle objektiven Rechtsmißbrauchs übrig, in denen sich die Subsidiaritätssperre des Art. 72 II normativ auswirken könnte.

²⁸ So die treffendere Bezeichnung des Herrenchiemseer Entwurfs (Art. 32, 34, 36).

²⁹ Vgl. Maunz, M—D, Art. 72/Rdnr. 21—22.

³⁰ So Maunz, M—D, Art. 72/Rdnr. 23.

³¹ Vor allem seit BVerfGE 7, 377.

³² Lerche fordert, daß hier nicht mit „zweierlei Maß“ gemessen werde (BayVBl. 1958, 235). — Einen wichtigen Ansatz zur Aktualisierung des Übermaßgedankens enthält BVerfGE 22, 180 (210): bundesrechtliche Schranke für die Regelung von Organisation und Verfahren der Kommunen nach Art. 84 I GG die „Notwendigkeit“.

³³ So Anschütz zu Art. 9 WRV, Anm. 1.

³⁴ Überblick über die Kontroverse bei Maunz, M—D, Art. 72/Rdnr. 14—16; Gruson, M., Die Bedürfniskompetenz, Berlin 1967, S. 88/111.

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, das in einer jüngeren Entscheidung die Vorranggarantien als justiziabel anerkannt hat, muß sich der Bundesgesetzgeber fragen, ob die von ihm angestrebte Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse sein eigenes Tätigwerden erfordere. Da er aber die bestehende Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse sowohl nachzeichnen als auch umgestalten könne, stehe die Entscheidung über den Subsidiaritätsfall letztlich beim Bundesgesetzgeber als dem, „dem es obliegt zu handeln“³⁵. Die angebliche Vermutung für die Länder kehrt sich um in eine *Vermutung zugunsten des Bundes*. Während der Bund aus eigener Kraft die Schranke übersteigen kann, die ihn von der Ausübungsbefugnis trennt, ist die Sperre, die zu seinen Gunsten eintritt, wenn er von der konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 72 I, 31), für die Länder unüberwindlich. Die Sperre bleibt selbst dann noch wirksam, wenn das Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung später wegfällt, da der gemeinrechtliche Topos „Cessante razione legis cessat lex ipsa“ im modernen Gesetzesstaat keine Geltung mehr beansprucht³⁶. Im Verhältnis dazu ist die Rechtspräsumption, die Lerche³⁷ dem Art. 72 entnimmt, sogar noch länderfreundlich: Die *Vermutung spreche für den jeweils Handelnden*, sei es Bund oder Land. Nach dieser Auslegung müßte ein spontan von den Ländern geschaffenes, gleichlautendes, allgemeine deutsches Recht grundsätzlich die Rechts- und Wirtschaftseinheit hinreichend wahren.

Hier offenbart sich die normative Schwäche³⁸ der föderalistischen Vorranggarantie. Ihre Übertragung auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft verheißt keine nennenswerten Auswirkungen, um die staatliche Ermessensbetätigung einzuschränken. Viel eher bieten sich die rechtsstaatlichen Kautelen dazu an, im bundesstaatlichen Raum die Entfaltung der Länder wirksamer zu gewährleisten³⁹. Als Modell für eine verfas-

³⁵ BVerfGE 13, 320 (233/234); auf diese Entscheidung berufen sich E 13, 237 (239) und E 14, 56 (75). — Diese letztlich dezisionistische These knüpft (dem BVerfG wohl unbewußt) an die Lehre Carl Schmitts an, die dieser zur Verfassungsmäßigkeit der Bestellung des Reichskommissars für Preußen entwickelt hatte: Die Vermutung verfassungsmäßiger Ziele und legaler Gesinnung komme in vollem Umfange der Reichsregierung zugute (DJZ 1932, Sp. 937/938). Hier wird die Vermutung vom Inhalt der politischen Entscheidung auf den Träger der Entscheidung verschoben. — Zur „Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Hoheitsakten“ s. u. FN 212.

³⁶ Nur die Aufhebung des Gesetzes läßt das Gesetzgebungsrecht der Länder wieder aufleben (vgl. Maunz, M—D, Art. 72/Rdnr. 5). Zur methodologischen Bedeutung des Wegfalls eines Gesetzeszwecks: Canaris, FN 25, S. 189 mit Nachw.

³⁷ VVDStRL 21 (1964), 72.

³⁸ Vgl. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 15. — Selbst wenn in Art. 72 II nur eine Ermessensrichtlinie gesehen wird, so steckt diese nicht nur dem Ermessen äußerste (rechtliche) Grenzen, sondern schafft auch ein Leitbild für die richtige Handhabung des Ermessens; sie kann als verfassungsrechtlich sanktionierte *Direktive* den Stil des Verfahrens prägen, nicht zuletzt dem „bundesfreundlichen Verhalten“, dessen rechtliche Relevanz das Bundesverfassungsgericht betont (vor allem E 12, 205, 257/259 und passim), als Richtmaß dienen. Die (bisher ungelöste) Aporie, die sich ergibt, wenn dem ius strictum der Kompetenzverteilung das ius aequum allgemeiner Prinzipien beigelegt wird, verdeutlicht aber der Versuch Bayers, die Bundestreue als Rechtausübungsschranke und Auslegungsgrundsatz aufzuweisen (Die Bundestreue, Tübingen 1961, S. 63/76).

³⁹ Es ist auch kennzeichnend, daß eher gefordert wird, rechtsstaatliche Kate-

sungsrechtliche Subsidiarität kommt der Bestimmung des Art. 72 II nur geringer Wert zu.

ε) Ausgerechnet unter den Kautelen, die den Tätigkeitsbereich der Länder schützen sollen, erscheint die Aufgabe, die „Rechts- oder Wirtschaftseinheit“ zu wahren (Art. 72 II 3). In dieser Aufgabe offenbart sich eine unitarische Zielsetzung, die allen Gliedern des Gesamtstaates vorgegeben ist. Der Bund ist lediglich dazu berufen, im „erforderlichen“ Maße die Einheitlichkeit zu wahren und auch nur zu *wahren*, nicht etwa herzustellen, wenn er eine Gesetzgebungsmaterie an sich zieht. „Die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet des Landes hinaus“ stellt den unmittelbaren Zusammenhang mit der sozialen Staatszielbestimmung her, auf die Bund und Länder in gleichem Maße ausgerichtet sind (Art. 20 I, 28 I 1). Hier erweist sich, daß die Formel „sozialer Bundesstaat“ mehr ist als ein redaktioneller Zufall⁴⁰. Sie stellt den Zusammenhang her zwischen der Vielheit in der Organisation und der materiellen Gleichheit in der Zielsetzung, zwischen der Vielförmigkeit des Staates und der (anzustrebenden) Gleichförmigkeit der Bevölkerung, auf der das Staatswesen beruht⁴¹. In der Verknüpfung des „sozialen Bundesstaates“ wird die Eigenart des heutigen Föderalismus deutlich: Das soziale Moment soll nicht nur eine in föderalistischen Verfassungen unerläßliche Homogenität⁴² bezeichnen, auf deren Grundlage sich Diversität legitim entfalten kann, sondern auch verdeutlichen, daß Verschiedenheit der Lösungen überhaupt nicht mehr zu den bestimmenden Merkmalen deutscher Bundesstaatlichkeit zählen soll. Der Bundesstaat soll auf allen seinen Ebenen die Nation integrieren. Auch die Länder haben die „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ hervorzubringen, selbst auf Gebieten, die ausschließlich in ihre Zuständigkeit fallen, weil auch hier das Gemeinwohl des ganzen Staatsverbandes be-

gorien, wie das Übermaßverbot, auf die Bund-Länder-Beziehungen anzuwenden (so *Lerche*, FN 32; *Maunz*, M—D, Art. 72/15, und *Kalkbrenner*, JZ 1963, 213) als umgekehrt. Zum Übermaßverbot im föderalen Bereich vgl. *Lerche*, Übermaß, S. 160. In die gleiche Richtung wirkt die Tendenz, den Ländern Grundrechte (vor allem Art. 3 GG) zuzusprechen — ablehnend *Dürig*, M—D, Art. 19 III/32 mit Nachw.

⁴⁰ *Scheuner* (R-St-W III, S. 154) und *Maunz* (Staatsrecht, S. 10 II 4) sprechen der Zusammenstellung jede Bedeutung ab. Die rechtliche Beziehung beider Gestaltungsprinzipien würdigt dagegen *Köttgen* (Festgabe für Muthesius, S. 19/45), ohne jedoch dem Bundesstaat noch große Bedeutung zuzuerkennen.

⁴¹ Überwiegend wird abgelehnt, daß sich in der Entgegensetzung von Sozial- und Bundesstaat ein spezifischer Ansatz für das Subsidiaritätsprinzip erkennen lasse, so *Maunz*, FN 40; *Thieme*, Subsidiarität, S. 19; *Wertenbruch*, Grundgesetz, S. 54. Dagegen fordert *Köttgen* (FN 40, S. 44), daß auch nach Einführung einer sozialpolitischen Generalvollmacht für den Bund wenigstens die Administration in größtmöglicher Dezentralisation erfolgen solle.

⁴² Zum Homogenitätserfordernis als Voraussetzung des Bundesstaates *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 376, 388.

rührt werden kann. Die Streuung der Kompetenzen darf nicht Entwicklungen hemmen, die das Gemeinwohl erfordert. Erst wenn die Konkurrenz der Entscheidungszentren als besonderer Anruf und Anreiz erkannt wird, den sozialen Fortschritt zu fördern, wird das Programm des „sozialen Bundesstaates“ erfüllt⁴³. Der moderne Föderalismus wird weniger dadurch gekennzeichnet, daß er Mannigfaltigkeit in der Einheit als daß er Gleichförmigkeit auf verschiedenen Wegen ermöglicht: durch Entscheidung des endgültig geeinten Zentralstaates und durch spontane Einigung der Länder, durch einstimmige Gleichrichtung ihres Handelns, durch das Ergebnis wechselseitiger Abhängigkeiten, Einflußnahmen und Anpassungen der regionalen Entscheidungsträger. Lerche, der die „Homogenität im Verfahren“ als Bestandteil des modernen staatsrechtlichen Föderalismus aufgewiesen hat, erkennt in dem dauernden Appell zur Einigung ein fortwirkendes Moment aus der ursprünglichen Verfassungsgebung⁴⁴.

In der Verfassungswirklichkeit wird dieser Stil in den Vereinbarungen erkennbar, die zwischen Bund und Ländern und zwischen den Ländern untereinander getroffen werden, um staatliche Aufgaben gemeinschaftlich zu bewältigen. Der Stil des „kooperativen Föderalismus“ offenbart neue „bündische“ Züge des westdeutschen Gemeinwesens⁴⁵.

Die bündischen Tendenzen zeigen das föderale Subsidiaritätsprinzip in neuem Licht: Die Spontaneität der „unteren Einheiten“ ist eine Integrationskraft im Ganzen und zum Ganzen hin. Die Länder schaffen nicht nur für regionale Probleme sachnah eigentümliche Lösungen mit räumlich begrenzter Wirkung, sondern tragen „von unten her“ zur Einheit des Ganzen bei und treten damit in Konkurrenz zum Oberstaat⁴⁶.

⁴³ Besonders deutlich betont der *BayVGh* (Urt. v. 11. 6. 1964, BayVbl. 1964, 332, 336), daß der föderativen Verfassung nicht entwicklungsfeindliche Tendenzen unterstellt werden dürften. Ein von weiträumigen Planungen erfaßter gesellschaftlicher Lebensraum, der von den Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit beherrscht sei, verlange auch eine grundsätzliche Gleichheit der Lebensordnung für alle, vor allem den Zugang aller zu den gemeinsamen Lebensgütern. „Es wäre deshalb ein schwerer politischer Mangel, wenn eine föderalistische Verfassung eine solche Lebensgestaltung ihrer Gesellschaft verzögern oder verhindern wollte.“ — Zur „positiven Konkurrenz“ zwischen Bund und Ländern *Geiger*, BayVbl. 1964, 68.

⁴⁴ VVDStRL 21 (1964), 84/100. Zu diesem Aspekt der Bundesstaatlichkeit ferner: *Leisner*, BayVbl. 1966, 331/333; *Geiger*, BayVbl. 1964, 67/68, 111. — Ansätze zu dieser Deutung der Bundesstaatlichkeit entwickelte bereits *Smend* in seiner Integrationslehre (Verfassung, S. 244).

⁴⁵ Vgl. *Hesse*, EvStL, Sp. 219, 221; *Krapp*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit gemeinsamer Ländereinrichtungen, Bonn 1962; *Pfeiffer*, NJW 1962, 566/567; *Roellenbleg* (FN 17), S. 11/121; dens., DÖV 1968, 225/235 mit Nachw.; *Hans Schneider* und *Schaumann*, W., Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), S. 1/85, S. 86/130; *Scheuner*, DÖV 1966, 518/519.

⁴⁶ Daß in der „bündischen“ Idee die Möglichkeit liegt, das Subsidiaritätsprinzip formell-verfahrensmäßig zu determinieren, obwohl das mehr volonta-

ζ) Gerade im *kooperativen Föderalismus* sind Probleme erwachsen, für die das Subsidiaritätsargument den Lösungsweg zu weisen scheint. Das gilt vor allem für die Frage, ob die Länder gemeinsame Einrichtungen schaffen dürfen, die für das ganze Bundesgebiet tätig werden, wie es bei der Filmbewertungsstelle in Wiesbaden und der Anstalt Zweites Deutsches Fernsehen in Mainz der Fall ist. Gleich, ob in diesen Einrichtungen Hoheitsrechte der Länder „gebündelt“ sind oder ein einzelnes Land als Treuhänder für die anderen tätig wird, es zeichnet sich hier eine institutionelle „dritte Ebene“ ab, die sich zwischen Bund und Länder schiebt. Der Grund dafür, gemeinsame Ländereinrichtungen zu schaffen, ist, daß die Länder einzeln nicht mehr in der Lage sind, bestimmten Obliegenheiten nachzukommen. Hier wird der Bezug zum Subsidiaritätsgedanken sichtbar. Jedoch erweist sich dieser als ambivalent. Wenn man auf die einzelnen Länder als isolierte Gebilde abstellt, so bietet das Subsidiaritätsprinzip einen Ansatz zur rechtlichen Kritik: der allein noch leistungsfähigen höheren Einheit, dem Bund, würden die Aufgaben vorenthalten, zu deren Erfüllung die Kräfte der unteren Einheiten nicht mehr ausreichen; eine Zuständigkeitsverteilung, die den Ländern die Kompetenzen belasse, erwiese sich als subsidiaritätswidrig⁴⁷. Werden dagegen die Länder in ihrer Gesamtheit als die dem Bund untergeordnete Einheit betrachtet, so bietet das Subsidiaritätsprinzip gerade ein Argument zur Verteidigung gemeinsamer Ländereinrichtungen: durch die freiwillige Selbstkoordination werde die Leistungsfähigkeit, die den einzelnen Ländern fehle, für die „Länderebene“ als solche hergestellt und damit ein Eingreifen des Bundes überflüssig (deshalb auch unzulässig) gemacht⁴⁸. Diese Folgerungen hängen von einer weiteren Voraussetzung ab, ob nämlich die Einheiten (Bund und einzelne Länder) abschließend vorgegeben sind und nur die Kompetenzzuweisung variabel ist oder aber ob die Zuständigkeiten unverrückbar festliegen, dagegen die Kreation neuer Einheiten „von unten her“ offen ist. Schon hier wird sichtbar, daß die Lösung aus einem abstrakt formulierten Subsidiaritätsprinzip nicht zu gewinnen ist⁴⁹.

Soweit nach dem Grundgesetz die Länder ausschließlich zuständig sind, wächst dem Bund eine Kompetenz selbst dann nicht zu, wenn weder einzelne Länder noch deren Gesamtheit die Aufgabe wahrnehmen können. Wenn sich der Verfassungsgeber auch von einem Leitbild subsidiärer Ordnung hat leiten lassen, so haben diese Vorstellungen doch zu einem starren Zustandigkeitssystem geführt, in dem der Bund keine zusätzliche Reservekompetenz für den Fall bekommen hat, daß die Länder versagen. So wie das strenge Enumerativsystem des Grundgesetzes keine ungeschriebenen Bundeszuständigkeiten aus der

ristische Moment des „Bündischen“ sich vom intellektualistischen der Subsidiarität unterscheidet, hat Stadler (FN 17, S. 151/156) am Beispiel des Schweizer Rechts nachgewiesen. Zur subsidiaritätsgemäßen spontanen Rechtsbildung „von unten her“: Leisner (FN 44), S. 332.

⁴⁷ So die Kritik an der „horizontalen Selbstkoordinierung“ der Länder bei Hans Schneider, VVDStRL 19 (1961), 18/19, 32; Bachof, VVDStRL 21 (1964), 119; Zacher, VVDStRL 21 (1964), 131; Peters, H., Die Rechtslage von Rundfunk und Fernsehen, Gütersloh 1961, S. 21.

⁴⁸ Nach Köttgen (JöR nF. 3, 143) soll Selbstkoordinierung der Länder „im Sinne bundesstaatlicher Subsidiarität“ das Eingreifen des Bundes verhindern (vgl. auch S. 145/146). Für die Ländergemeinschaft als solche führt Krapp (FN 45, S. 84) das Subsidiaritätsprinzip ins Feld.

⁴⁹ Hier wird deutlich, daß das Subsidiaritätsprinzip über das Dasein und die elementare Zuordnung der Größen, auf die es angewendet werden soll, keine Aussage macht. s. o. §§ 4, 14.

Natur der Sache oder aus dem Sachzusammenhang duldet⁵⁰, so gewährt es auch keine Ersatzzuständigkeit aus dem Subsidiaritätsprinzip für einen Kompetenznotstand⁵¹. De lege lata ergibt sich, wo ausschließliche Befugnisse festgelegt sind, aus dem Subsidiaritätsprinzip nichts. Es bleibt nur noch der Weg zu einer Verfassungsänderung offen⁵². Da die Zuständigkeitsordnung starr ist, muß die Verfassung die Lösung unitarischer Ländereinrichtungen gutheißen⁵³.

Daß die Länder gezwungen sind, sich zu koordinieren, um überhaupt noch bestimmten Aufgaben nachkommen zu können, ist das Ergebnis einer Kompetenzverteilung, die den Ländern nicht nur Funktionen von regionaler Bedeutung belassen hat. Der Zwang zur Einigung, der hier waltet, offenbart gerade, daß die Länder *auch* ein unitarisches Element im föderalen System bilden. Hier wirkt sich der „für den Bundesstaat entscheidende Unterschied“ aus, „ob sich die Länder einigen oder ob der Bund eine Angelegenheit auch gegen den Willen der Länder oder einzelner Länder gesetzgeberisch regeln oder verwalten kann“ (BVerfGE 12, 205, 252). Der Weg föderaler Kooperation verwirklicht das Ziel vertikaler Gewaltenteilung, nicht minder aber auch das der Subsidiarität, durch die schöpferische Kraft koordinierter Initiativen, die „von unten her“ wirken, um eine Gemeinschaftsaufgabe zu verwirklichen⁵⁴.

Soweit dagegen die Länder auf einem Gebiet tätig werden, für das dem Bund die konkurrierende Zuständigkeit zusteht, ohne daß er bisher davon Gebrauch gemacht hat, könnte er die Materie an sich ziehen, um seinen unitarischen Kon-

⁵⁰ Vgl. dazu mit Nachw. Maunz, M—D, Art. 30/Rdnr. 14, 15. Nach BVerfGE 12, 205 (252) begründet die koordinierte oder gemeinsame Erfüllung einer Aufgabe durch die Länder keine natürliche Bundeszuständigkeit. Desgleichen schafft das Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung (Art. 72 II) noch nicht die Zuständigkeit (BVerfGE 3, 407 [421]; Hamann, Art. 72, B 4). — Dagegen hat BVerfGE 22, 180 (216/217) aus der Natur der Sache eine Reserveverwaltungskompetenz für Förderungsmaßnahmen anerkannt, wenn die „vollständige Ausführung durch Landesverwaltung nicht erreicht werden kann“ — und zwar bei Aufgaben „eindeutig überregionalen Charakters“. Hier schafft also der Subsidiaritätsgedanke für den Bereich der Art. 30, 83 GG und unter dem Signum „Natur der Sache“ doch eine Ausfallkompetenz.

⁵¹ Eine aus der Gerechtigkeitsidee folgende subsidiäre Kompetenz für den äußersten Fall des Versagens der Länder will Buchsbaum dem Bunde zubilligen (BayVBl. 1959, 141, FN 30). BVerfGE 22, 180 (216/217) bejaht auf begrenztem Gebiet die Ersatzkompetenz — s. o. FN 50.

⁵² Das Subsidiaritätsprinzip begründet keine Pflicht zur Verfassungsänderung. Die Frage, ob das subsidiäre Element im Bundesstaat nach Art. 79 II unantastbar ist, ist müßig, weil bereits de lege lata dieser Rechtsgedanke nur geringe normative Kraft aufweist. Einzig, wenn durch Verfassungsänderung den Ländern willkürlich Zuständigkeiten entzogen würden, um sie zu einem Schattendasein herabzuwürdigen und um jeden von ihnen kommenden Lebensimpuls zu ersticken, wäre auch ein Verstoß gegen das subsidiäre Aufbauprinzip gegeben. — Harbich (Bundesstaat, S. 117/118, 154) lehnt a minore ad maius die Garantie des Subsidiaritätsprinzips durch Art. 79 III ab, weil der Grundsatz dem Bundesstaat bereits de lege lata nicht zu eigen sei.

⁵³ Die Rechtsprechung hat deshalb auch gemeinsame Ländereinrichtungen für verfassungsmäßig erklärt — so zur Mainzer Anstalt BayVGh, Urt. v. 11. 6. 1964, BayVBl. 1964, 332, und BVerwG, E 22, 299; zur Filmbewertungsstelle BVerwGE 23, 194.

⁵⁴ Nach Zacher (VVDStRL 21, 1964, 131) entspricht die Zentralinstanz der Länder wohl der Gewaltenteilung, nicht aber dem Subsidiaritätsprinzip. Er geht von einem Subsidiaritätsmodell aus, bei dem für vorgegebene Einheiten eine gleitende Kompetenzordnung besteht.

urrenten auszuschalten. Es fragt sich allerdings, ob hier nicht die Sperre des Art. 72 II dem Bund den Zugriff versagt, weil dem Bedürfnis nach Rechts- oder Wirtschaftseinheit bereits auf anderem Wege genügt ist. Wenn der Subsidiaritätsentscheidung des Art. 72 II überhaupt noch ein Spurenelement von Normativität innewohnen soll, muß sich hier der Vorrang zugunsten der Länder auswirken und „im Zweifel“ für sie entschieden werden, da sie bereits *gehandelt* haben⁵⁵. Es kommt nicht darauf an, ob in jedem Land als isolierter Größe, sondern ob auf der Ebene der Länder als solcher eine Lösung gefunden wird. Ein Bedürfnis, die Rechts- und Wirtschaftseinheit zu wahren, wird nur dann für eine Bundesregelung sprechen, wenn der Bund eine bessere und wirksamere Regelung anbietet⁵⁶. Sie kann besser sein, wenn die Lösung der Länder durch den Wandel der Verhältnisse überholt ist, oder wirksamer sein, wenn im Einzelfall den Erfordernissen der Rechtseinheit gerade nicht durch eine föderale Lösung genügt wird, die wesensmäßig labil ist, weil sie auf Einstimmigkeit gründet, oder wenn die bündischen Tendenzen der Länder die Funktionsfähigkeit des Bundes bedrohen⁵⁷; unter diesen Voraussetzungen wäre es auch gerechtfertigt, das Länderrecht in gleichlautendes Bundesrecht umzuwandeln⁵⁸.

η) Nachdem einige Zusammenhänge des Subsidiaritätsprinzips mit Organisations- und Verfahrenselementen des Bundesstaates sichtbar geworden sind, ist noch offen geblieben, wie sich das Subsidiaritätsprinzip zu den *Legitimationsgesichtspunkten* der föderalen Verfassung verhält⁵⁹.

αα) Bei einem räumlich aufgegliederten Staatswesen bietet sich als erster Rechtfertigungsgrund die *territoriale Verwurzelung* und die Bindung an landsmannschaftliche Eigenart an. Gerade diesem Grund kommt angesichts der rechtlichen und soziologischen Nivellierungstendenzen nur noch abgeschwächte Bedeutung zu, obwohl das Bewußtsein der regionalen Besonderheiten auch außerhalb der traditionsreichen Bundesländer noch nicht völlig erloschen ist⁶⁰. Von diesem föderalen Lebensimpuls hängen

⁵⁵ Vgl. dazu *Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 72.

⁵⁶ Das Problem wird aufgezeigt bei *Köttgen*, JöR n. F. 3, 145/146. Ansätze zu einer Lösung in diesem Sinne finden sich bei *Krapp* (FN 45), S. 83/84, und *Schütz*, Diss., S. 190.

⁵⁷ Die Labilität wird aber überkompensiert, wenn sich die Länder durch Staatsvertrag zu einer gleichlautenden Regelung verpflichten. Gegenüber einer solchen Rechtseinheit auf vertraglicher Grundlage genießt die Gestaltung durch den Bund den Vorrang der Beweglichkeit und der raschen Anpassungsmöglichkeit. — Zu der Gefahr, daß die Funktionsfähigkeit des Bundes bedroht wird, s. die Ausführungen des *BayVG*H (FN 53, BayVBl. 1964, 336).

⁵⁸ Die Möglichkeit des Bundes, „Recht der Wirtschaft“ zu setzen, das keine Veränderungen bringt, erkennt *BVerfGE* 13, 230 (233) an.

⁵⁹ Bisher sind als Momente einer Legitimation bereits der „Staatsaufbau von unten nach oben“ und der „bündische“ Charakter erörtert worden. Die „Homogenität im Verfahren“ aber, die *Lerche* (FN 44) als Legitimation auffaßt, bezeichnet eher einen Wesenszug der Bundesstaatlichkeit, der seinerseits der Rechtfertigung bedarf.

⁶⁰ Vgl. *Hesse*, Bundesstaat, S. 12/25; *Scheuner*, DÖV 1962, 245/246; *Geiger*, BayVBl. 1964, 112. Das Grundgesetz erkennt diesen Gesichtspunkt als ein Richtmaß der staatlichen Gliederung an, wie es die „Berücksichtigung der

die Leitgedanken ab, die der Dezentralisation ganz allgemein eigen sind: Sie ermöglicht dem Staat Individualisierung, Sachbezogenheit, *Person-nähe*. Umgekehrt wird das Individuum näher an den Staat herangeführt, dessen Bürger es in mehrfacher Hinsicht ist. Es wird ihm eine Vielzahl von Anreizen geboten, sich für das Gemeinwohl zu engagieren⁶¹ — auf der Stufe, die dem Einzelnen jeweils gemäß ist. Der Fülle staatlicher Ausdrucksformen entspricht die Fülle der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers. Es sind die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß sich „von unten her“ Initiativen entwickeln können. Diese Zielsetzungen stimmen völlig mit der des Subsidiaritätsprinzips überein⁶².

ββ) Der Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip geht auch dort nicht verloren, wo die Bundesstaatlichkeit als eine Erscheinungsform der *Gewaltenteilung* legitimiert wird, wie es in der Literatur überwiegend angenommen und in der Rechtsprechung bestätigt wird⁶³.

Bedeutsam für die Problematik des Subsidiaritätsprinzips ist hier vor allem, daß im Zeichen der vertikalen Gewaltenteilung die föderalen Formen mit liberalem Ideengut erfüllt werden und vom Bund-Länder-Verhältnis aus der Bezug zur Freiheit des Einzelnen als Grundlage der föderalen Ordnung hergestellt wird: Die Reibungsverluste der (Bundes-) Staatlichkeit sollen in Freiheitsgewinne der Individualität umgesetzt werden.

γγ) Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip in seiner „modellgetreuen“ Idealform wäre erschlossen, wenn sich der Bundesstaat als Ausdruck des *gesellschaftsorganischen Föderalismus* deuten ließe. Doch gerade dagegen erheben sich Bedenken.

Die organisch-korporativistischen Tendenzen⁶⁴, die zur Rezeption des Subsidiaritätsprinzips beigetragen haben, scheinen für das positive Ver-

landsmannschaftlichen Verbundenheit, der geschichtlichen und kulturellen Zusammenhänge“ in Art. 29 I 1 sichtbar macht.

Zum Verhältnis eines aus geschichtlicher oder regionaler Eigenart legitimierten Bundesstaates zum Subsidiaritätsprinzip vgl. *Stadler* (FN 17), S. 142/151, 156/159.

⁶¹ Die Vorzüge dezentralistischer Organisation werden auch für den Bundesstaat ins Feld geführt bei *Geiger*, Mißverständnisse, S. 31; *dems.*, BayVBl. 1964, 112; *Harbich*, Bundesstaat, S. 154; *Hesse*, Bundesstaat, S. 30/31; *dems.*, EvStL, Sp. 216; *Kaiser*, Repräsentation, S. 18; *Köttgen*, OLG-Festschrift, S. 96/97; *Krüger*, VVDStRL 19 (1962), 158; *Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 73/74, 84 (Bejahend für Sachnähe und Vielfalt der Initiativen — allerdings in abgeschwächter Form —, jedoch ablehnend gegenüber der These, es werde in territorialer Vervielfältigung das Engagement für das Gemeinwohl ermöglicht).

⁶² s. o. §§ 20, 21.

⁶³ Vgl. *BVerfGE* 12, 205 (299). Bibliographie zu den literarischen Stellungnahmen o. § 19, FN 32. — Zum Verhältnis Subsidiarität — Gewaltenteilung s. o. §§ 19, 29.

⁶⁴ Dazu o. § 28.

fassungsrecht wirkungslos geblieben zu sein. Weder fand eine materielle Sozialverfassung, die korporativistische Gewalten geschaffen hätte, noch eine ständische Vertretung, wie sie sich in der sogenannten Senatslösung angeboten hatte, Aufnahme im Bonner Grundgesetz. Dieses verließ nicht die konventionellen Ausdrucksformen der Bundes- und der Rechtsstaatlichkeit⁶⁵. Wie in den Verfassungen von 1849 und 1919 stehen in der von 1949 Kompetenznormen und Grundrechte nebeneinander, ohne daß der Gesetzestext die Synthese eines staatlichen Organisationsstatuts und einer Gesellschaftsverfassung ausdrücklich vollzieht. Der föderalistische Gedanke scheint wieder auf das Verhältnis von Bund und Ländern eingengt worden zu sein. Herbert Krügers Absage an den „schwärmereischen“ Föderalismus⁶⁶ findet keinen Widerspruch. Insbesondere wird in dem Begriffspaar „sozialer Bundesstaat“ (Art. 20 I), soweit ersichtlich, nirgends das Bekenntnis zu einer gesellschafts-föderalistischen Soziallehre des Staates gesehen⁶⁷.

Und doch muß es sich nicht um dasselbe handeln, wenn mehrere Verfassungen dasselbe sagen⁶⁸. Für die Auslegung der föderalistischen Organisationsprinzipien ist es nicht bedeutungslos geblieben, daß sich in der organischen Staatslehre das Bild des Staates „vermenschlicht“ und im Zeichen des Personalismus die Synthese liberaler und föderaler Vorstellungen vollzogen hatte. So ist nach Loewenstein die (relative) Freiheit des Einzelnen vom Staat im Föderalismus auf die (relative) Freiheit vom Oberstaat übertragen und gerechtfertigt worden⁶⁹. Dieser Gedanke liegt

⁶⁵ Kritisch dazu *Ipsen*, Über das Bonner Grundgesetz, S. 16.

⁶⁶ VVDStRL 21 (1964), 105. — Kennzeichnend ist, daß *Lerche* im Jahre 1962 unter dem Föderalismus als nationalem Ordnungsprinzip nur noch die Bundesstaatlichkeit verstand (VVDStRL 21, 1964, 66/100). Das gesellschaftsföderale Denken wird als „nicht übertragbar“ knapp abgetan (S. 74/76). Schon im Jahre 1949 hatte *Jerusalem* festgestellt, das Bonner Grundgesetz enthalte von der föderalistischen Staatsidee „kaum eine Spur“ (Die Staatsidee des Föderalismus, Tübingen 1949, S. 4). — Daß das Grundgesetz den ideologischen Föderalismus in der Art *Ferbers* nicht übernommen hat, stellt *Köttgen* fest (Landesreferate, S. 254, FN 13, und OLG-Festschrift, S. 79/91).

⁶⁷ Ausdrücklich ablehnend *Maunz* (FN 40).

⁶⁸ So *Smend* zur staatskirchenrechtlichen Situation unter dem Bonner Grundgesetz (Staat und Kirche, S. 411).

⁶⁹ AÖR 77 (1951/52, 412). — Die Grundlage für eine Vergleichbarkeit individueller und bundesstaatlicher Rechtspositionen schuf *Georg Jelinek* (System, S. 294/306), der mit den Mitteln der Status-Lehre die Bund-Länder-Beziehungen nach dem Schema der Beziehungen zwischen Staat und Bürgern erfaßt hat. Diese (mehr methodische als sachliche) Analogie wirkte weiter über *Anschütz* (*Anschütz-Thoma*, Bd. 1, S. 296) bis zu *v. Mangoldt-Klein* (Art. 20/III 3 c). Von der These, die jeweiligen Rechtsbeziehungen seien mit denselben Kategorien zu erfassen und methodisch vergleichbar (so wohl noch *v. Mangoldt-Klein*, die eine Entsprechung annehmen), bis zu der Auffassung, daß auch eine sachliche Gleichartigkeit vorhanden sein müsse, die die Anwendung einer solchen Methode begründe, ist nur noch ein weiterer Schritt.

Eine solche materielle Analogie findet sich auch bei *Wertenbruch* (Grundgesetz, S. 54/55): letzter Grund der föderalistischen Zuständigkeitsordnung sei

mittelbar allen Forderungen zugrunde, im Bund-Länder-Verhältnis rechtsstaatliche Prinzipien, die für den Individualschutz entwickelt worden sind, anzuwenden, damit nicht mit zweierlei Maß gemessen werde⁷⁰. Der Gedanke des Staatsaufbaus von unten nach oben läßt den Zusammenhang zum gesellschaftsorganisatorischen Föderalismus ebenso erkennen wie das Argument der vertikalen Gewaltenteilung.

ð) Alle diese Gesichtspunkte führen auf das *Subsidiaritätsprinzip* zurück, in dem nicht nur ein Leitbild der Entstehungsgeschichte, sondern eine *fortwirkende Rechtfertigung* zu erkennen ist. Wenn auch die allgemeine Theorie vom Bundesstaat das Subsidiaritätsprinzip nur als eine *mögliche* Legitimation dieser Staatsform zu erweisen vermag⁷¹, so kann die staatsrechtliche Betrachtung ihre Verwirklichung durch positive Verfassungsdektion aufweisen — jedoch auch nur soweit, wie die Verwirklichung innerhalb der übrigen Verfassungsbestimmungen erfolgt ist, mögen diese nun aus metajuristischer Sicht subsidiaritätsgemäß sein oder nicht. Eine Verfassungsrevolution durch Naturrechtsprinzipien findet nicht statt⁷². Der Bundesstaat des Grundgesetzes ist nur als eine *geschichtliche Individualität* zu erfassen, die sich in ihrer Ganzheit nicht aus einem ungeschichtlichen, abstrakten Prinzip ableiten und rechtfertigen läßt. Das gilt besonders für den Staatscharakter der Länder, aus dem sich spezifische Beziehungen der Subordination und der Koordination zum Bund ergeben⁷³.

die Menschenwürde. Geiger (BayVBl. 1964, 66): die politische Ordnung sei Teil der gesellschaftlichen, Föderalismus also nur ein „Ausschnitt aus dem Subsidiaritätsprinzip“, die Idee des Föderalismus verlange, ihre Strukturen über den staatlichen in den gesellschaftlichen Raum fortzusetzen. Köttgen (JöR n. F. 3, 71) läßt politische Ideologien, die sich vor allem um das Subsidiaritätsprinzip gruppieren, jedenfalls auch das „Motiv der Wiederaufrichtung des Föderalismus“ gelten.

⁷⁰ s. o. FN 39.

⁷¹ Vgl. die zurückhaltende Darstellung bei Stadler (FN 13), der im geschichtlich individuellen Bundesstaat eine mögliche materiale Determination des Subsidiaritätsprinzips sieht (S. 142/151).

⁷² Daher ist das Argument Herzogs (Der Staat 2, 1962, 413/414), es bestehe ein Widerspruch zwischen der weithin starren Staatsorganisation und dem „dynamisch“ ausgelegten Subsidiaritätsprinzip, kein Einwand gegen eine verfassungsimmanente, positivrechtliche Ausgestaltung des Grundsatzes.

⁷³ Bisher ist die Untersuchung allein auf die dualistische Beziehung zwischen Bund und Ländern abgestellt gewesen und nicht auf den Gesamtstaat, der nach der Lehre vom *dreigliedrigen Bundesstaat* die rechtlich verselbständigte Verbindung aller Bestandteile des Bundesstaates darstellt (zusammenfassende Darstellung der Lehre bei Harbich, Bundesstaat, S. 45/88). Dieser Auffassung, deren Ursprünge in der Reinen Rechtslehre liegen (vgl. Kelsen, Staatslehre, S. 199/200; Nawiasky, Staatslehre, 3. Bd., S. 159/161), wurde bis vor einigen Jahren in der Literatur und sogar in der Rechtsprechung ein Maß von Aufmerksamkeit zugewendet, das in keinem Verhältnis zu den theoretischen Einsichten und den praktischen Auswirkungen der Lehrmeinung steht. Die Frage, ob der Abstraktion eines Gesamtstaates oberhalb von Bund und Ländern

Der irrationale Rest, der stets bleibt, wo individuelle Erscheinungen aus einem rationalen Grundsatz heraus erfaßt werden sollen, ist hier so groß, daß kein einziges Problem des Bund-Länder-Verhältnisses *allein* durch Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bewältigt werden kann⁷⁴.

Eine Einzelanalyse der spezifischen Bedingtheiten der jeweiligen Konkurrenzkonflikte muß vorausgehen, ehe auf das Subsidiaritätsprinzip als allgemeinen Legitimationsgrund der Bundesstaatlichkeit und als daraus abgeleitetes allgemeines Auslegungsrichtmaß zurückgegriffen werden darf⁷⁵. Jedoch in kritisch zurückhaltender Anwendung kann dieser Rechtsgedanke dazu beitragen, verfassungsrechtliche Lösungen zu finden. Obwohl sich das Ermessensleitbild der Subsidiarität zunächst nur an die Organe des politischen Handelns richtet, bildet es doch zugleich eine rechtliche Grenznorm, die den Spielraum der politischen Gestaltung einengt und verhindert, daß der Sinn der bundesstaatlichen Ordnung pervertiert wird.

bb) Die mittelbare Staatsverwaltung

a) Die kommunale Selbstverwaltung

Unter allen Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung genießen die *Kommunen* eine verfassungsrechtliche Sonderstellung. Die Gemeinden sind auf Grund ihrer Gebietshoheit und der Universalität ihres Aufgabenkreises dem Staat am ähnlichsten. Es ist daher verständlich, daß die Garantie kommunaler Eigenverantwortung in Art. 28 II GG weithin geradezu als das Musterbeispiel einer normativen Verwirklichung des Subsidiaritätsgedankens angesehen wird⁷⁶.

juristische Substanz zukomme, ist für das Subsidiaritätsprinzip belanglos, da der Gesamtstaat jedenfalls nicht als eigengewichtiger Kompetenzträger, als „höhere Einheit“, dem Bund und den Ländern gegenübertritt. Die endgültige Lösung des Scheinproblems darf getrost einem verfassungsliterarischen „Prozeß um des (föderalistischen) Esels Schatten“ überlassen bleiben.

⁷⁴ Zu weit aber geht *Roellenbleg* (FN 17, S. 43), der das Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat zwar verwirklicht sieht, ihm aber jeden selbständigen Erkenntniswert neben dem bundesstaatlichen Prinzip abspricht.

⁷⁵ Als Auslegungshilfe wertet *Geiger* (BayVBl. 1964, 65) das Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat („föderalistisches Prinzip“).

⁷⁶ Art. 28 II GG wird als *verfassungsrechtlicher* Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips (im Verhältnis der Kommunen zum Staat) gedeutet von: *Barion*, *Der Staat*, 2 (1964), 15, 20/24; *Becker*, GR IV/2, S. 732; *Dürig*, JZ 1953, 198; dems., BayVBl. 1959, 203; dems., M—D, Art. 1 III/53—54 und Art. 19 III/38; *Fröhler*, *Zeitschrift für Sozialhilfe* 1963, 100; *Keßler*, DVBl. 1953, 3; *Küchenhoff*, BayVBl. 1958, 65/66; dems., RdA 1959, 202; dems., RdA 1960, 210 FN 50; dems., NJW 1968, 435; dems., JuS 1965, 52, 53; *Linckelmann*, DÖV 1959, 564/565; *Maunz*, *Staatsrecht*, § 10 II 7; dems., M—D, Art. 28/1; *Menger*, *Begriff*, S. 28; *von Münch*, JZ 1960, 305/306; *Peters*, AfK 6 (1967), S. 14; *Rumpf*, *Gehalt*, S. 35; *Schütz*, *Diss.*, S. 158/159, 167 (sehr zurückhaltende Anerkennung nur für Gemeinden); *Stern*, BK Art. 28/2, 70, 83 (für abgeschwächte Geltung); *Süsterhenn*, *Gutachten*, S. 18/

Das Verhältnis der örtlichen Selbstverwaltungsträger zum Staat bietet sich einer solchen Deutung noch eher an als das Beziehungsgefüge von Bund und Ländern, weil der Garantie des Art. 28 II GG jene begriffliche, verfahrensmäßige und organisatorische Technizität fehlt, die den bundesstaatlichen Bestimmungen eigen ist, und vor allem keine Ausscheidung starrer, ausschließlicher Kompetenzen erfolgt ist; eine abstrakte, untechnische Norm ist in besonderem Maße der Auffüllung durch eine materielle Ideologie zugänglich. Hinzu kommt, daß die gemeindliche Selbstverwaltung in Deutschland aus geschichtlichen Gründen ein eigentümlicher irrationaler Nimbus umschwebt. Die Lebenskraft und der Glanz freier Städte im Mittelalter, die Bedeutung der Erneuerung städtischer Freiheit für die liberal-bürgerliche Bewegung des 19. Jahrhunderts und naturrechtliche Vorstellungen von der „Ursprünglichkeit“ der örtlichen Lebensgemeinschaft in einem organischen Sozialkosmos schaffen den Assoziationshintergrund für die Deutung des kommunalen Status im Lichte des Subsidiaritätsprinzips.

Wie weit diese Deutung gerechtfertigt ist, bedarf näherer Untersuchung.

a) Die Einordnung der Verfassungsbestimmung über die kommunale Selbstverwaltung in den Abschnitt über den „Bund und die Länder“ und in den Artikel, der die Homogenitätsanforderungen an die Staatsform der Länder enthält, zeigt den staatsrechtlichen Zusammenhang der kommu-

19; dems., Festschrift für Höffner, S. 432; *Thieme*, Subsidiarität, S. 19 (aber zweifelnd); *Wertenbruch*, Grundgesetz, S. 54; *Wittkämper*, Grundgesetz, S. 201.

Auch im *Landesverfassungsrecht* wird der Vorrang der Gemeinden gegenüber dem Staat anerkannt:

- so für Bayern in Art. 11 BV: *BayVGH*, Urt. v. 18. 3. 1964, *BayVBl.* 1964, 228/229; *Nawiasky-Leusser-Gerner-Schweiger-Zacher*, Kommentar, Art. 11/12, Art. 55/13 und Art. 73/3; s. auch o. § 24;
- für Nordrhein-Westfalen (Art. 78 Verf.): *Geller-Kleinrahm-Fleck*, Verfassung, S. 536;
- für Rheinland-Pfalz (Art. 49 Verf.): *Süsterhenn-Schäfer*, Kommentar, Art. 49/2; *OVG Koblenz*, AS 2, 349 (353).

Auf dem Boden einer *allgemeinen Rechts- und Staatslehre* wird eine subsidiäre Zuordnung des Staates auf die Gemeinde hin dargestellt bei *Georg Jellinek*, System, S. 294; *Boehme*, R-St-W I, S. 154; *Gasser*, Gemeindefreiheit als Rettung Europas, 2. Aufl., Basel 1947, S. 189/196; *Kipp*, Staatslehre, 128, 332 ff. (338); *Küchenhoff*, Staatslehre, S. 91, 208; *Marcic*, Gesetzesstaat, S. 63, 430; *Süsterhenn*, Festschrift für Nawiasky, S. 151, 153; *von Hippel*, Staatslehre, S. 241/242.

Dagegen sieht *Scheuner* (AfK 1962, S. 151, 158/159) in der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung zwar die stufenförmige Verwirklichung der demokratischen Strukturen, die Legitimation von unten her, lehnt aber einen Vorrang der Gemeinden im Sinne des Subsidiaritätsprinzips ab. Der Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip wird ebenfalls verneint von *Lerche*, Gemeinden, S. 10; *Emmelius*, Diss., S. 111; *Scholz*, Wesen, S. 46/47; *Glaser*, Diss., 94/99. Im Ergebnis wohl gleich: *Herzog*, Der Staat 2 (1964), 412/413 und *EvStL*, Sp. 2267 (eindeutig ablehnend jedenfalls für die Kommunalverbände).

nalen Raumbereichen: Sie sind in die Verfassungsordnung der Länder eingefügt und damit in die Verfassungsordnung der Staatlichkeit schlechthin, mit der sie die demokratischen Binnenstrukturen gemeinsam haben (Art. 28 I). Damit hat das Grundgesetz eine Entwicklung anerkannt, die bereits unter der Herrschaft der Weimarer Reichsverfassung zum Abschluß gelangt war — die Inkorporation der Kommunen in den demokratischen Staat. Örtliche Selbstverwaltung bedeutet seither nicht mehr Entgegensetzung und Absonderung vom Staat, sondern Zuordnung auf das Ganze hin, stufenförmige demokratische Integration⁷⁷.

ββ) Das Grundgesetz gewährleistet den Status der Kommunalverbände in der Form einer institutionellen Garantie⁷⁸. Diese bildet als bundesrechtliche Garantie eines objektiven Rechtsbereiches den Grundrechtsersatz für die in den Staatsverband eingegliederte, aus dem autonomen gesellschaftlichen Raum gelöste Gemeinde.

⁷⁷ Seit *Hans Peters'* Schrift aus dem Jahre 1926, „Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen“ (bes. S. 22/34, 55), hatte sich die Einsicht, daß die Gemeinden in ihrer modernen Form Glied und Geschöpf des Staates seien, durchgesetzt. Die Etatisierung der Gemeinden war nicht erst das Werk des NS-Staates, der mit der Gleichschaltung des Kommunalbereichs die Gebietskörperschaften in Zellen des NS-Bewegungsstaates verwandelte. Der Charakter der (mittelbaren) Staatlichkeit war allerdings damals unter Beseitigung der liberalen Rückstände der Gemeindefreiheit bis zur letzten Konsequenz durchgeführt worden. Zur Einordnung der Kommunen in den Führerstaat vgl. *Forsthoff*, DJZ 1934, 307/310 (weit. Nachw. o. § 15).

Die Verstaatlichung der Gemeinden wurde auch nach 1945 nicht in vollem Umfange rückgängig gemacht. Die These *Dürigs*, in der Ordnung des Grundgesetzes sei die Kommune nur als „verlängerter Arm“ des Staates zu betrachten (M-D, Art. 19 III/Rdnr. 37—38), wird von anderen Autoren zwar nicht immer in letzter Folgerichtigkeit durchgehalten, aber kaum grundsätzlich in Frage gestellt. Sie wird bejaht von *Bender*, DVBl. 1963, 89; *Lerche* (FN 76), S. 9/26; *Köttgen*, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Stuttgart 1957, S. 15, 35; *Scheuner*, AfK 1962, 157, 158; dems., R-St-W IV, S. 100; *Zacher*, Freiheit, S. 131; *Ule*, Rechtsgutachten, S. 100.

Diese Auffassung entspricht auch der Rechtsprechung des BVerfG, das den Gemeinden, unbeschadet ihrer Autonomie, nur vom Staat abgeleitete Hoheitsmacht zuerkennt; „ihre hoheitlichen Äußerungen sind Ausfluß von öffentlicher Gewalt, Staatsgewalt im weiteren Sinn“ (E 8, 122, 132).

Trotz der Formulierung des Art. 11 BV, der eine andere Auffassung nahelegt, entspricht diese Auffassung auch der h. M. zum bayerischen Kommunalrecht — vgl. *BayVGII* (FN 76), S. 229; *Nawiasky-Leusser*, Kommentar, 1. Aufl., Art. 11/Anm.; *Schilling*, BayVBl. 1965, 115. Eine grundlegende Gemeindekonzeption, wie sie etwa *Hugo Preuß* entwickelt hatte, ist dem GG fremd — dazu *Heffter*, Selbstverwaltung, S. 733; *Scheuner*, AfK 1962, 150/152.

⁷⁸ Grundlegend zum Wesen der institutionellen Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung: *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 171, und Freiheitsrechte, S. 143/149 mit Nachw.

Zur Bedeutung des Art. 28 II als Einrichtungsgarantie: *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 27/34; *Hamann*, Art. 28/B 5; *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 95/107; *Maunz*, M—D, Art. 28/24—29; *Dürig*, Art. 19 III/38, S. 21 (mit Bibliographie über die Frage, ob Art. 28 II Grundrechtscharakter habe oder nicht, FN 5); *Köttgen* (FN 77), S. 15/17.

Der Bereichsschutz in Art. 28 II GG stellt den Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip her, das ebenfalls in erster Linie eine Stufenordnung und nicht die einzelnen Bausteine der jeweiligen Stufe sichern will. Die institutionelle Garantie ist auch deshalb stärker dem Vorranggrundsatz geöffnet, als es strukturbedingt einem Grundrecht möglich ist, weil sie eine inhaltlich determinierte Ordnung, eine soziale Entelechie, enthält und nicht einen Bezirk individueller Willkür umschreibt. Sie „beruht nicht auf der Vorstellung einer prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre, sondern betrifft eine rechtlich anerkannte Institution, die als solche immer etwas Umschriebenes und Umgrenztes, bestimmten Aufgaben und bestimmten Zwecken Dienendes ist, mögen die Aufgaben im einzelnen nicht spezialisiert sein und eine gewisse ‚Universalität des Wirkungskreises‘ zulassen“ (Carl Schmitt)⁷⁹.

77) Im Gegensatz zu der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hat das Grundgesetz den Zuständigkeitsbereich zwischen den Gemeinden und den überörtlichen Aufgabenträgern nicht durch ein Enumerationssystem klar bestimmter Zuständigkeiten abgegrenzt, sondern eine allgemeine, abstrakt gefaßte *Zuständigkeitsregel*⁸⁰ geschaffen, nach der in den „*Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft*“ den Gemeinden alle Aufgaben zugesprochen werden, die „in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können“ (BVerfGE 8, 122/134)⁸¹. Die beiden

⁷⁹ Verfassungslehre, S. 171.

⁸⁰ Vgl. Köttgen, HbKWP I, 211/215. — In der Literatur taucht auch in diesem Zusammenhang häufig der nebulose Begriff der „*Zuständigkeitsvermutung*“ für die Gemeinden auf, so bei Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 38; Maunz, M—D, Art. 28/30; Dürig, M—D, Art. 19 III/38; Köttgen, HbKWP I, 214 (ablehnend Lerche, Verfassungsfragen, S. 105). Im Gegensatz zu Art. 30 GG ist in diesem Zusammenhang zwar nicht aus methodologischen, apriorischen Erwägungen eine Präsumtion auszuschließen, da die Örtlichkeit wie die Leistungskraft — die Kriterien der gemeindlichen Kompetenz — auf die Lebenswirklichkeit im Wechsel ihrer Erscheinungen verweisen und damit ihre Auslegung davon abhängt, daß die Lebensverhältnisse empirisch erfaßt und im Sinne der normativen Relevanz gedeutet werden. Jedoch bleibt offen, wann die Vermutung einsetzen soll: bei der empirischen Erfassung des Sachverhalts?, bei dessen normativer Aufbereitung?, bei der unmittelbaren Auslegung des verfassungsrechtlichen Obersatzes?, im Subsumtionsschluß? Gilt die Vermutung bei allen Aufgaben oder nur solchen, die traditionsgemäß den Typus der Kommunalagenden prägen? — Diese Fragen werden noch nicht einmal als Fragen erkannt. Vielmehr wird zumeist wohl die *Zuständigkeitsvermutung* mit der *Zuständigkeitsregel* gleichgesetzt. Es empfiehlt sich deshalb, auf den Gebrauch der Phrase, die mehr Zweifel stiftet als Zweifel behebt, zu verzichten.

⁸¹ Zum Inhalt der Formel „*Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft*“ vgl. ferner BVerfGE 11, 266 (275/276); Partsch, *Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft*, Festgabe für Bilfinger, Köln 1954, S. 301, 311/315 (Leugnung eines objektiven, justiziablen Maßstabs); Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 34/38; Lerche, Verfassungsfragen, S. 95/97 mit Nachw.; Hamann, Art. 28/B 6 mit Kasuistik.

Gegenstände der institutionellen Garantie, der örtliche Bezug der Aufgaben und die Eigenverantwortlichkeit, können nur als wesensmäßig aufeinander bezogene Kriterien erfaßt werden, die gemeinsam den verfassungsrechtlich geschützten Wirkungsraum darstellen. Die räumliche Verwurzelung und die Leistungsfähigkeit der Verwaltungseinheit sind gleicherweise Maßstäbe einer subsidiären Ordnung. Die Leistungsfähigkeit wird einmal von der notwendig begrenzten Reichweite der örtlichen Verwaltung bestimmt, mittelbar aber auch von der Potenz an Verwaltungsmitteln und der Finanzkraft, die — vor allem im Bereich der Realsteuern — von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gemeindebürger abhängen. Es ist die notwendige Voraussetzung einer effizienten Selbstverwaltungsgarantie, daß die Verfassung die Ertragshoheit der Gemeinde mitverbürgt, da die Verwaltungskraft den angemessenen finanzwirtschaftlichen Unterbau notwendig erfordert (vgl. Art. 106 VI GG)⁸².

Der Zusammenhang dieser Regelung mit dem Subsidiaritätsprinzip ist schon deshalb enger als im Bund-Länder-Verhältnis, weil dort die Agenden der „unteren“ Instanzen nicht notwendig mit Rücksicht auf ihre räumliche Bedeutung und regionale Zugehörigkeit zu den einzelnen Ländern und deren individueller Leistungskraft verteilt worden sind. Das gilt vor allem, weil die gemeindlichen Zuständigkeiten vom Wechsel der jeweiligen Lebensverhältnisse abhängen, jederzeit neuen Entwicklungen offen sind und einem „Entörtlichungsprozeß“⁸³ dann nicht im Wege stehen, wenn die Angelegenheiten über den örtlichen Raum und die örtliche Verwaltungskraft hinauswachsen sollten. Die höheren staatlichen Instanzen, die bereitstehen, um die jeweiligen Agenden zu übernehmen, wirken in einem der Gemeinde strukturgleichen, homogenen

⁸² Zur „Realsteuergarantie“ in Art. 106 VI *Maunz*, M—D, Art. 106/69—70. — Aufschlußreich ist die Lösung, die das bayerische Landesrecht für das Subsidiaritätsverhältnis zwischen Gemeinden und Landkreisen getroffen hat: Wenn Aufgaben des eigenen Wirkungskreises das Leistungsvermögen der beteiligten Gemeinden übersteigen, können auf deren Antrag die Landkreise diese Aufgaben übernehmen (Art. 52 I LKrO). Das Leistungsvermögen ist dann noch nicht erschöpft, wenn die Gemeinden gemeinsame Verwaltungseinrichtungen schaffen können (Art. 57 III GO). Gerechtfertigt wird diese Regelung damit, daß Art. 28 II 1 den Gemeinden nicht solche Aufgaben überlassen wolle, die ihre Finanz- und Verwaltungskraft überstiegen. Zu der Deutung der Regelung aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips vgl. *Masson*, Bay. Kommunalgesetz, LKrO Art. 1/4, 52/1, 8.

⁸³ Zu diesem Phänomen, das sich besonders in der (angeblich) kommunalen Domäne der Daseinsvorsorge auswirkt: *Köttgen*, DÖV 1961, 2, 8; *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 36.

Zur Notwendigkeit, den konkreten Inhalt der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entwicklungsgeschichtlich aus der jeweiligen Lage heraus zu bestimmen: *BVerfGE* 1, 167 (168), 22, 180 (205/207); *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 36; *Hamann*, Art. 28/B 6; *Lerche*, FN 76, S. 24; *Köttgen*, HbKWP I, 214.

Gefüge und sind damit substitutionsfähige Einheiten — hier wird das Musterbeispiel einer konkurrierenden Zuständigkeitsordnung sichtbar⁸⁴, die, wie es das Subsidiaritätsprinzip fordert, ein elastisches System bildet und ein hypothetisches, vom Wechsel der Lagen bedingtes Gebot enthält, wonach jede gegenwärtig vom Grundgesetz geschützte Kommunalaktivität unter dem Vorbehalt der *clausula rebus sic stantibus* steht. Die räumliche Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises enthält also ein hypothetisches, vom Wechsel der Lagen bedingtes Element.

Ob die Zuständigkeitsregel des Art. 28 II eine echte normative Vorrangkompetenz für die Gemeinden begründet, hängt davon ab, welche rechtliche Bedeutung der Gesetzesvorbehalt für die Regel noch übrig läßt. Die normative Kraft, die der Kompetenzentscheidung für die Gemeinden innewohnt, läßt zugleich das Maß erkennen, in dem der Subsidiaritätsgedanke rechtlich aktualisiert ist. Die herrschende Auffassung bezieht den Vorbehalt auf beide Elemente der institutionellen Garantie, auf den Gegenstand und auf das Maß der Selbstverwaltung⁸⁵ — und zwar zu Recht, da sich die Bestandteile nicht trennen lassen, sie vielmehr nur verschiedene Dimensionen der einheitlichen „Institution“ bezeichnen. Wie unter dieser Voraussetzung die Gefahr vermieden werden kann, die Verfassungsbestimmung zur „*leerlaufenden*“ Formel⁸⁶ zu entwerten und ihr jede inhaltliche Bedeutung gegenüber dem einfachen Gesetz zu entziehen, ist trotz aller Bemühungen, die bereits in der Weimarer Zeit eingesetzt haben, ein ungelöstes Problem des Staatsrechts geblieben.

⁸⁴ Vgl. *Partsch* (FN 81), S. 311/313.

⁸⁵ Bibliographische Übersichten über die drei Meinungen bietet *Maunz*, M—D, Art. 28/Rdnr. 31.

⁸⁶ Vgl. die Auffassung von *Anschütz* zu Art. 127 WRV (Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 127 1). Der „Leerlauf“ ist in vollem Umfang gegeben, wenn man Art. 28 II GG nur eine frei widerlegbare Zuständigkeitsvermutung entnimmt (so etwa *Dürig*, M.-D., Art. 19 III/38). *Thieme* (Subsidiarität, S. 19) begründet im übrigen seinen Zweifel daran, daß Art. 28 II subsidiaritätshaltig sei, damit, daß überwiegend nur der Wesensgehalt des Art. 28 II GG als garantiert anerkannt sei (ähnlich wohl auch *Scheuner*, AfK 1962, 158/159). Wenn die h. M. lediglich einen „Funktionskern“ für gesetzesfest hält, so bleibt eine breite, um den „Kern“ lagernde Randzone ohne rechtlichen Schutz gegen gesetzgeberische Eingriffe, und es besteht nur gegenüber der Aufsicht eine formale Sicherung im Vorbehalt des Gesetzes. Die Aporie des Art. 28 II GG für die Anwendung des Übermaßverbotes und der Wesensgehaltsgarantie liegt darin, daß die Selbstverwaltung kein monolithisches Rechtsinstitut, sondern ein Bündel verschiedener Rechte ist, der Verfassungsschutz sich aber nicht auf die Einzelbefugnisse, sondern auf den Gesamtbestand bezieht.

Die zutreffende Differenzierung hat *Jesch* (DÖV 1960. 739, FN 5) erarbeitet. Er unterscheidet

- a) den schlechthin unantastbaren Kernbereich,
- b) eine mittlere Zone, in die der Gesetzgeber nur nach Maßgabe des Übermaßverbotes eingreifen darf, und
- c) einen Randbereich, in dem er völlig frei ist.

Auszuschalten sind nur die beiden extremen Auslegungsmöglichkeiten, daß Art. 28 II lediglich die bloße Existenz der Gemeinden schütze und daß Art. 28 II den gemeindlichen status quo in all seinen kontingenten Erscheinungen pauschal garantiere. Die Maßstäbe, die zur Aktualisierung der Einrichtungsgarantie herangezogen werden, sind vor allem das *Übermaßverbot* und die *Wesensgehaltsgarantie*. Bildet für das Übermaßverbot die jeweilige Normal- oder Notlage die Basis dafür, ob eine gesetzgeberische Intervention „notwendig“ oder „angemessen“ erscheint⁸⁷, so wird im Zeichen der Wesensgehaltsgarantie entweder negativ-quantitativ darauf abgestellt, was nach einem gesetzlichen Eingriff für die Selbstverwaltung noch übrig bleibt⁸⁸, oder positiv-qualitativ das typische Erscheinungsbild bewertet, wie es sich vor dem Eingriff auf Grund der soziologischen Gegebenheiten und der niederrangigen Gesetzlichkeit ausgeprägt hat⁸⁹. Welche Wege auch immer beschritten werden — es bleibt für den mit der Kompetenz-Kompetenz ausgestatteten Gesetzgeber eine weithin offene Grenze zum Übertritt in den kommunalen Bereich, vor allem da es ihm nicht verwehrt ist, freiwillige Aufgaben der Gemeinden in Pflichtaufgaben zu verwandeln⁹⁰. Der Zuständigkeitskreis kommunaler Eigengestaltung erfaßt als einigermaßen gesicherte Reservate weniger „institutionelle“ Sachbereiche⁹¹, die, gegenständlich abgegrenzt, das „Was“ der kommunalen Tätigkeit umfassen (selbst die öffentliche Daseinsvorsorge, Prototyp dieser Kompetenzen, entgleitet immer mehr auf überregionale Verwaltungsträger)⁹², als „funktionelle“ Tätigkeiten, die das „Wie“ der Aufgabenerledigung betreffen, vor allem die Organisationsgewalt, die Personal- und die Finanzhoheit. Die größte Gefahr für die Gemeinde liegt darin, daß ein Übermaß staatlicher Auftragsangelegenheiten ihnen aufgebürdet und ihre Verwaltungskraft dadurch so absorbiert wird, daß ihre Beweglichkeit und ihre Bereitschaft zur Eigeninitiative ersticken. Dieses Initiativrecht, die freie Übernahme und Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten der Ortsgemeinschaft⁹³, bildet im-

⁸⁷ Grundlegend *BVerfGE* 1, 167 (178); vgl. *Lerche*, *Übermaß*, S. 159; *Hamann*, Art. 28/B 7; *Bachof*, *JZ* 1962, 356/357.

⁸⁸ Diesen Weg wies bereits der *StGH* für das Deutsche Reich (RGZ 126, Anh. S. 14, 22), der darauf abstellte, daß das Selbstverwaltungsrecht nicht ausgehöhlt werden dürfe. Die Methode, den Wesensgehalt durch die Frage nach dem, was übrig bleibt, zu ermitteln, zeigt beispielhaft *BVerwGE* 6, 19 (25); dazu *Bachof*, *JZ* 1962, 356/357. Vgl. ferner etwa *Fröhler*, *Zeitschr. f. Sozialhilfe*, 1963, 100; *Maunz*, M.—D., Art. 28/32; *Ipsen*, *DÖV* 1955, 229.

⁸⁹ So *Lerche*, *Verfassungsfragen*, S. 99/107.

⁹⁰ Vgl. *Köttgen* (FN 77), S. 41, 55.

⁹¹ Zum Gegensatzpaar „funktionell“—„institutionell“ vgl. *Köttgen* (FN 77), S. 49/50. — In welchem Maße sogar die zum gemeindlichen Kernbereich zählende Personalhoheit von staatlichem Recht durchgeformt ist, zeigt *Ipsen*, *DÖV* 1955, 225/229.

⁹² Grds. *Forsthoff*, *Daseinsvorsorge*, S. 117/128; s. auch o. FN 83.

⁹³ Vgl. *Köttgen* (FN 77), S. 41.

mer noch die unentziehbare, typusprägende Kompetenz, in der die Eigenart der Selbstverwaltung hervortritt und die Gemeinde ihr Lebensrecht im Gemeinwesen zur Geltung bringt. Es gehört deshalb seit der Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 10./11. Dezember 1929⁹⁴ zu den gesicherten Erkenntnissen des Verfassungsrechts, daß die institutionelle Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht zu einem Scheindasein ausgehöhlt werden darf und den Kommunen die Gelegenheit zu „kraftvoller Selbstbetätigung“ erhalten bleiben muß. Darin liegt ein verbindliches Leitbild für jede gesetzgeberische Gestaltung⁹⁵.

δδ) Als „höhere Einheiten“ im Ergänzungsverhältnis der Subsidiarität kommen die überörtlichen Institutionen in Frage. Das Grundgesetz führt die Gemeindeverbände, die Länder und den Bund auf.

(1) Der *Bund* als höchste staatsrechtliche Instanz wirkt im wesentlichen nur über seine Legislative unmittelbar auf den Status der Gemeinden ein, sei es, daß der Bund, in Ausübung einer allgemeinen Gesetzeskompetenz, für alle, und damit auch die Gemeinden, geltende Gesetze schafft, sei es, daß er die Gemeinden als Vollzugsinstanz anspricht⁹⁶. Aber selbst wenn der Bund Behörden- und Verwaltungsverfahren der Kommunen regelt (Art. 84 I GG) und damit Gemeindeverfassungsrecht setzt, wertet das Grundgesetz in seiner dualistischen Grundkonzeption diese Regelung nur als Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Länder, weil die Bedenken sich nicht dagegen richten, daß überhaupt staatliches Kommunalverfassungsrecht gesetzt wird, sondern daß dies gerade der Bund tut⁹⁷.

(2) Die umgreifende Staatlichkeit tritt der Gemeinde im *Land* entgegen, in dessen Rechtsordnung und Verwaltungsorganisation sie eingebettet ist. Dem Land steht nicht nur die unbeschränkte Gesetzgebungszuständigkeit im Kommunalrecht zu und damit die Befugnis, den bundesrechtlichen Rahmen des Art. 28 II GG inhaltlich zu füllen, sondern es nimmt auch die umfassende Exekutivzuständigkeit über die Gemeinde wahr, vor allem die Aufsicht. Die Bedeutung der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie liegt hier wesentlich darin, daß die Gemeinde im „eigenen“ Wirkungskreis, den allein Art. 28 II GG absichert, keiner Zweckmäßigkeitskontrolle, sondern nur der Rechtsaufsicht unterliegt.

(3) Als mittlere Instanz zwischen Staat und Gemeinden erwähnt das Grundgesetz die *Gemeindeverbände* (Art. 28 II 2 GG). Auch ihnen wird das Selbstverwaltungsrecht von Verfassungs wegen gewährleistet, jedoch unter der doppelten Bedingung, daß an sich solche Verwaltungsträger vorhanden sind und ihnen selbstverwaltungsfähige Aufgaben zustehen⁹⁸. Die Blankettgarantie

⁹⁴ RGZ 126, Anh. S. 14, 22/23. Die Grundgedanken übernahm *BVerfGE* 1, 167 (174/175); 22, 180 (204/205).

⁹⁵ Den Leitbild-(- Programmsatz-)charakter erkennen an: *Partsch* (FN 81), S. 315; *Köttgen* (FN 77), S. 17.

⁹⁶ Dazu *Gönnenwein* (FN 78), S. 165/172; *Köttgen* (FN 77).

⁹⁷ Dazu *BVerfGE* 22, 180 (204, 210).

⁹⁸ Die normative Schwäche der Gewährleistung des Art. 28 II 2 läßt erkennen, daß die Gemeindeverbände nicht den Grad von Notwendigkeit, Natürlichkeit (in der Sprache der bayerischen Verfassung „Ursprünglichkeit“) in ihrer Existenz und im Bezug zu ihren Aufgaben erkennen lassen wie die Gemeinden. Vgl. dazu *Köttgen*, HbKWP I, S. 193, und *BGHZ* 32, 248 (258/259).

des Art. 28 II 2 bringt zwar die dezentralistische Grundhaltung der Verfassung zum Ausdruck, sie kann aber nicht als eine Erscheinungsform des Subsidiaritätsprinzips gedeutet werden; dazu fehlt ihr jedes eigenständige Element gegenüber dem höheren Verband⁹⁹. Auch ist die Subsidiarität gegenüber der Gemeinde nicht umfassend festgelegt, da das Grundgesetz keine Aussage über den Wirkungskreis der Gemeindeverbände trifft, also auch keine Komplementärzuständigkeit vorsieht. Wohl aber ist im Landesrecht, das den Kreisen die Allzuständigkeit ihrer Gebietsaufgaben zuweist, die Subsidiarität das Regulativ, um die regional begrenzten Universalkompetenzen der örtlichen und überörtlichen Kommunalinstanzen gegeneinander abzugrenzen¹⁰⁰. Allerdings ist dem Grundgesetz wenigstens eine negative Subsidiaritätsentscheidung zu entnehmen: Wie immer auch der gesetzliche Wirkungskreis der Gemeindeverbände umschrieben werden mag — so müssen doch die *örtlichen* Gemeinschaftsaufgaben der Gemeinden zur eigenverantwortlichen Erledigung verbleiben. Es treten also der Gemeinde Verbände von verschiedener Rangstufe unmittelbar als subsidiäre Größen gegenüber¹⁰¹. Deshalb kann der Verfassung nicht der Grundsatz entnommen werden, daß der jeweils nächsthöhere staatliche Verband die anderen Einheiten mediatisiere.

εε) Wenn die Gemeinde sich höheren Einheiten gegenüber auf den Schutz des Subsidiaritätsprinzips berufen darf, so bleibt die Frage noch unbeantwortet, ob die kommunale Organisation selbst an das Subsidiaritätsprinzip gebunden ist, wo sie ihrerseits als der übergeordnete Verband erscheint, also im Verhältnis zu den *gesellschaftlichen Gruppen* — im Außenverhältnis der öffentlichen Gewalt.

Nach der überkommenen Lehre liefert Art. 28 II GG für die Antwort keine Aufschlüsse: Die institutionelle Garantie schütze einen Bestand gemeindlicher Selbstverwaltung gegenüber der Staatsgewalt, nicht aber gegenüber der Gesellschaft, sie wende sich gegen Etatisierungs-, nicht jedoch gegen Privatisierungsbestrebungen¹⁰². Hinter dieser Auffassung

⁹⁹ Zutreffend Herzog, Der Staat 2 (1964), 413.

¹⁰⁰ Das Subsidiaritätsprinzip wird als (landesrechtliches) Regulativ zwischen der Allzuständigkeit der Gemeinde und des Kreises bejaht von Becker, HbKWP I, 111, 126; Gönnenwein, FN 78, S. 382; dems., AöR 81 (1956), 222; Köttgen, HbKWP I, 363; Naunin, H., HbKWP I, S. 474; Schmidt, D., VerwArch 51 (1960), 318; Walz, E., HbKWP I, S. 242; für das bayerische Recht von Bitter, BayVbl. 1965, 87; Masson, Kommunalgesetze, LKrO Art. 1/4; 4/2; BezO 1/5; für das rheinland-pfälzische Recht von Süsterhenn-Schäfer, Kommentar, S. 221. Ablehnend (mit un schlüssiger, widerspruchsvoller Begründung, die implizit doch ein Subsidiaritätsverhältnis anerkennt) Cantner, W., HbKWP I, 418; ferner Scholz, Wesen, S. 49; Stephan, H., Staatliche Schulhoheit und kommunale Selbstverwaltung, Stuttgart 1964, S. 37.

¹⁰¹ Nach Küchenhoff (BayVbl. 1958, 101 ff.) handelt es sich um Anwendungsfälle „gestufter“ oder „überspringender“ Subsidiarität.

¹⁰² Die Auffassung, daß Art. 28 II GG nur gegen den Staat gerichtet sei, vertreten besonders entschieden Dürig, BayVbl. 1959, 203; ders., M.—D., Art. 19 III/47; Süsterhenn, Gutachten, S. 25/29; Ule, Rechtsgutachten, S. 44/59. Im Ergebnis gleich die Stellungnahmen von Desch, Diss., S. 205/207; Fröhler, Zeitschr. f. Sozialhilfe, 1963, 97/100; von der Heydte, Vorrang oder Subsidiarität, 70/73; Jesch, DÖV 1960, 740 (implizit); Köttgen, NDV 1959, 316; Peters, Staatsbürger und Staatsgewalt II, Karlsruhe 1963, S. 210; ders., AfK 6 (1967), S. 18.

steht der gemeinderechtliche Entwicklungszusammenhang von eineinhalb Jahrhunderten, in denen sich das Spannungsverhältnis zwischen kommunaler Selbstverwaltung und Staatlichkeit in dem Maße milderte, in dem die Gemeinde sich aus der Gesellschaft herauslöste und in den Staat hineinwuchs, in denen sich trotzdem die Gemeinde noch einen Rest liberaler Unabhängigkeit vom Staat, in den sie eingegliedert wurde, wahren konnte¹⁰³. Wenn so traditionell Gemeindefreiheit stets gegen den Staat hatte gewahrt werden müssen, so hieße es, die Stoßkraft des Rechtes in die Gegenrichtung wenden und als Waffe gegen die Macht gebrauchen, für deren Schutz sie ursprünglich bestimmt war¹⁰⁴. Deutlichster normativer Ausdruck der traditionellen Schutzrichtung ist der Vorbehalt des staatlichen Gesetzes.

Diese Auffassung wird heute angegriffen, vor allem seit der (Bundes-) Gesetzgeber den Kommunen Schranken ihrer Betätigung auf den Gebieten der Sozial- und Jugendhilfe gegenüber ihren Konkurrenten aus der freien Gesellschaft auferlegt und diesen eine Vorrangkompetenz zugewiesen hat¹⁰⁵. Zwar erfolgte der formale Eingriff durch staatlichen Gesetzgebungsakt, materiell begünstigt sind jedoch die gesellschaftlichen Kräfte. Es genügt deshalb nicht, die institutionelle Gewährleistung allein aus dem Blickwinkel des Eingriffs zu betrachten: maßgeblich ist vor allem die Sicht auf den, dem der Eingriff zugute kommen soll. Schließlich kann eine Privatisierung ihrer Funktionen die Gemeinde ebenso ihres Rechts zu „kraftvoller Betätigung“ berauben und sie zu einem Schatten-dasein herabwürdigen wie die Überleitung der Selbstverwaltungsagen- den auf den Staat. Es liegt im Wesen der institutionellen Garantie die

Die Gegenauffassung erstreckt den Schutz der Gemeinden *auch* auf eine „Entkommunalisierung“ zugunsten von Grundrechtsträgern: So schränkt nach *Stern* (AfK 1964, 93) die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie in ihrem Wesensgehalt Grundrechte Privater (Art. 2, 12) ein. *Lerche* (Verfassungsfragen, S. 109/117, bes. 112) stellt darauf ab, daß der Institution heute von seiten der Verbände eine nicht minder gewichtige Gefahr drohe als von der Gesellschaft. Die „Drittwirkung“ des Art. 28 II wird ebenfalls anerkannt von *Emmelius*, Diss., S. 132/139; *Köttgen*, Vorrang, S. 39/49 (allerdings äußerst unklar und unbestimmt); dems., DÖV 1961, 8; dems., Die Gemeinde, S. 58 (im Ergebnis unterschieden).

Ein weiterer Schritt liegt schließlich in der These, der Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II GG ermächtige nur dazu, zugunsten des Staates Beschränkungen des Selbstverwaltungsrechts anzuordnen (so wohl *Masson*, BayVBl. 1958, 162/163; eindeutig: Stellungnahme der *Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände* zu den Verfassungsbeschwerden gegen das JWG und das BSHG vom 11. 10. 1962, S. 24/25, abgedr. NDV 1963, 118 ff.; *Emmelius*, Diss., 132, 136).

¹⁰³ Vgl. *Rinck* (JZ 1961, 77): Art. 28 II enthalte Rest-Elemente des liberalen 19. Jahrhunderts — und zwar die verfassungskräftig verbürgte Chance liberaler Selbstverwirklichung für die örtliche Gemeinschaft. Dazu allgemein: *Scholz*, Wesen, S. 35/83.

¹⁰⁴ Vgl. *Süsterhenn*, Gutachten, S. 26/27.

¹⁰⁵ *BVerfGE* 22, 180 (204/209) nimmt zu der Schutzeinrichtung des Art. 28 II GG nicht ausdrücklich Stellung. Nachw. s. im übrigen o. Einl. FN 1.

Tendenz, daß der Rechtsbestand, der in ihr zusammengefaßt ist, allseitig wirkt¹⁰⁶.

Die Lösung ergibt sich aus der Staatshomogenität der Kommunen: So wie der Staat nicht schlechthin jede Aufgabe der überörtlichen Gemeinschaft in eigene Regie übernehmen darf, ihm aber „wesentliche“ Aufgaben vorbehalten sind, so ist der politischen Institution der Gemeinde der Zugriff auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nur in dem beschränkten Umfange verfassungskräftig gewährleistet, wie diese überhaupt mögliches Objekt (para-)staatlicher Verwaltung sein können. Im lokalen Rahmen hat die Gemeinde nicht mehr rechtliche Möglichkeiten, als sie überhaupt der öffentlichen Verwaltung — auf welcher Stufe der Staatspyramide sie auch wirken mag — zukommen¹⁰⁷. Damit macht Art. 28 II GG keine Aussage über die Sozialisierung oder die Privatisierung irgendeiner Aufgabe der lokalen Gemeinschaft und schafft keinerlei spezifische Rechte gegenüber den Gewaltunterworfenen. Die Grenzen der öffentlichen Gewalt werden durch die institutionelle Garantie in keiner Richtung verschoben. Sie sind für die unmittelbare wie für die mittelbare Staatsverwaltung gleich. Der inneren Homogenität, die Art. 28 I GG verbürgt, entspricht auch die äußere.

Falls die Staatsgewalt schlechthin an das Subsidiaritätsprinzip gebunden sein sollte (quod erit demonstrandum), ist es unbedenklich, wenn der Gesetzgeber die Kommunen an ihre verfassungsrechtlichen Grenzen erinnert¹⁰⁸. Sollte das Grundgesetz diese Lösung jedoch den Staatsorganen zu freier Entscheidung überlassen haben, so könnte Art. 28 II GG bedeuten, daß es damit auch der Gemeinde frei stehe, ihr Verhältnis zu den Kräften der Gesellschaft autonom zu gestalten, und daß der Staat ihr nicht heteronom diese Grundentscheidung über Verwaltungsziele und Verwaltungsstil aufzwingen dürfe. Unter dieser Prämisse wird wiederum der Zusammenhang zwischen „äußerer“ und „innerer“ Subsidiarität der Gemeinde erkennbar: Gerade der verfassungsrechtlich geschuldete Respekt vor dem Eigenbereich der Kommunen könnte den Gesetzgeber veranlassen, diese nicht zu nötigen, ihrerseits den gesellschaftlichen Eigenbereich zu respektieren¹⁰⁹. Jedoch muß diese Prämisse

¹⁰⁶ Zur umfassenden Schutzwirkung (privatrechtlicher) Institutsgarantien s. *Leisner*, Grundrechte, S. 92/96.

¹⁰⁷ s. zum Problem der gemeindlichen Daseinsvorsorge o. § 40; zum Problem der gemeindlichen „Integrationskompetenz“ o. § 39.

¹⁰⁸ Die These, daß die Gemeinde der Gesellschaft gegenüber nur gleicherweise subsidiär wirken dürfe wie im Verhältnis zu ihr der Staat, vertreten besonders deutlich *Fröhler*, Zeitschr. f. Sozialhilfe, 1963, 100; *Dürig*, BayVBl. 1959, 203; *Süsterhenn*, Gutachten, S. 27/28; *Wehlitz*, in: *Collmer*, Beiträge, S. 144/145.

¹⁰⁹ So der Angriff *Barions* (Der Staat 2, 1964, 20/24) gegen die „sozialethische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund“.

abgelehnt werden, weil sie das Maß der verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie überschätzt. Der „Rahmen der Gesetze“ umfaßt die Möglichkeit, alle für das Gemeinwohl des ganzen Staatsverbandes bedeutsamen Fragen für die Gemeinde verbindlich zu entscheiden. Eine so hochbedeutsame Frage wie die nach dem Grundverhältnis von Gemeinden und Gesellschaft muß zu diesem Zuständigkeitsrahmen gehören. Wenn der Staat die Gemeinden ebenso wie alle anderen Gliederungen der öffentlichen Gewalt auf eine Nachrangkompetenz festlegte, so läge darin keine unzulässige Gleichschaltung der Gemeinden.

Art. 28 II GG schützt also nur in eng begrenztem Umfang vor Entkommunalisierungs-Tendenzen zugunsten der gesellschaftlichen Kräfte — und auch hier nur, soweit die Beschränkung des Kompetenzbereichs durch staatliche Akte verfügt wird.

2-) Die *Legitimationsgesichtspunkte* der Gemeinde, die sich in ihrer inneren Struktur der des Staates angepaßt hat, können sich nicht grundlegend von den bundesstaatlichen unterscheiden, wenn man von den Momenten absieht, die sich aus der besonderen Höhe und Souveränität der staatlichen Verbände ergeben.

Augenfälliger als in den Ländern wirkt noch in den Gemeinden die auf geschichtlichen, wirtschaftlichen, soziologischen Gründen beruhende *örtliche Eigenart* als Lebensimpuls der Selbstverwaltung¹¹⁰, obwohl sich auch die Gemeinden den allgemeinen Nivellierungstendenzen geöffnet haben, seit ihre Mauern gefallen sind; zumeist bedeuten heute Ortsgrenzen nur noch Zweckmäßigkeits- oder Willküreinteilungen wie andere Verwaltungseinteilungen auch.

Die eigentliche Legitimation liegt in den Zielen demokratischer *Dezentralisation*: in der sachnahen Verwaltungsführung, der Zusammenfassung der örtlichen Verwaltungssachen in einem Gremium, das sich „von unten“, von den Gemeindebürgern her, rechtfertigt, in der Ermöglichung örtlicher Initiativen, in der „Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten“ (Köttgen)¹¹¹. Zu bedenken ist jedoch, daß die unvermeidliche Bürokratisierung und Schematisierung den kommunalen Verwaltungsstil selbst dort prägen, wo „eigene“ Angelegenheiten wahrgenommen werden, und sich die Besonderheiten der dezentralistischen Verwaltung so weit abgeschliffen haben, daß der Bürger in der Regel

¹¹⁰ Die lokale Eigenart wird als Leitbild anerkannt von *Peters*, Lehrbuch, S. 292 und *Becker*, HbKWP, Bd. 1, S. 127. Skeptisch aber *Köttgen*, Sicherung der gemeindlichen Selbstverwaltung, Münster 1960, S. 10, 22.

¹¹¹ So *Köttgen*, HDSW, S. 224. Zu den Zielsetzungen der örtlichen Dezentralisierung vgl. ferner *Köttgen*, Sicherung, S. 19, 24; *Peters*, Lehrbuch, S. 292; *Becker*, HbKWP I, 127, 156/157; *Geiger*, Mißverständnisse, S. 31; *Lerche*, Verfassungsfragen, S. 115; dens. (FN 76), S. 19; *Gönnenwein* (FN 78), S. 41 (zur „Gemeindeindividualität“). Vgl. im übrigen Nachw. o. §§ 20, 21.

zwischen staatlicher und gemeindlicher Verwaltung nicht mehr unterscheidet¹¹². Dagegen bewirkt auch die kommunale Selbstverwaltung den Effekt der (vertikalen) *Gewaltentrennung* und findet in ihm eine Rechtfertigung¹¹³.

Jeder dieser Leitgedanken führt auf Aspekte der Subsidiaritätsidee zurück¹¹⁴. Die Vorstellung einer gestuften Legitimation von unten her trägt dazu bei, den Sinn der kommunalen Selbstverwaltung in der heutigen Verfassungsordnung zu erfüllen und die örtliche Eigenständigkeit im Rahmen des homogenen, demokratischen Staatsverbandes zu gewährleisten. Jedoch bildet diese Subsidiaritätsbeziehung keine proportionale Fortsetzung des Nachrangverhältnisses, das zwischen Bund und Ländern festzustellen ist, sondern hat spezifischen Charakter, der der Eigenart der Gemeinde gemäß ist.

ß) Die mittelbare Staatsverwaltung im allgemeinen

Die Unterordnung einer Verwaltungseinheit unter den Staat reicht nicht aus, um ein Subsidiaritätsverhältnis zu begründen. Vielmehr muß hinzukommen, daß die Verwaltungseinheit ihr Dasein und ihre Aufgabe nicht ausschließlich staatsbezogener Effizienz verdankt, sondern gegenüber den Staatszwecken einen (relativen) Selbstzweck verkörpert. Die Rechtsfähigkeit eines Organisationsgebildes sagt dazu nichts aus. Zwar erhöht sie die juristische und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit, aber sie schafft nicht ipso iure einen status negativus¹¹⁵. Desgleichen verhält sich die Rechtsform — als primär mitgliedschaftlich strukturierte Körperschaft oder als primär zweckbezogene Anstalt — neutral zu der allein maßgeblichen Frage, ob der jeweilige Verwaltungsträger nur ein verlängerter Arm des Staates ist oder ob er gegenüber dem Staat „eigene“ Rechte geltend machen kann¹¹⁶.

Mit solcher Eigenständigkeit sind grundsätzlich nur die Träger gesellschaftlicher Selbstverwaltung ausgestattet, die ihre Autonomie aus grundrechtlichen Ursprüngen herleiten, wie die Rundfunkanstalten (Art. 5/I GG), Universitäten (Art. 5/III GG) oder kirchlichen Körperschaften

¹¹² Vgl. Köttgen, OLG-Festschrift, S. 96; Becker, HbKWP I, S. 154.

¹¹³ Nachw. o. § 19, FN 31.

¹¹⁴ Dazu o. §§ 19/21.

¹¹⁵ Auch wenn man mit Köttgen (VVDStRL 16, 1958, 185) annimmt, daß die Rechtsfähigkeit die Vermutung eigener Organisationsgewalt begründe, so hat diese „hausinterne“ Unabhängigkeit nichts zu tun mit der nach außen wirkenden selbstmächtigen Entfaltung, die als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips gewürdigt werden könnte. Im übrigen versagt der Organisationsvorbehalt bereits gegenüber dem Gesetzgeber.

¹¹⁶ Zur Bedeutung der „eigenen“ Angelegenheiten für die Selbstverwaltung: Salzwedel, VVDStRL 22 (1960), S. 216/217; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 84/V 1; vgl. im übrigen o. § 21.

(Art. 140 GG). Soweit das Grundgesetz im VII. Abschnitt von Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung spricht (etwa den Trägern der Sozialversicherung in Art. 87/II), will es lediglich die Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern verteilen, nicht aber die vorhandenen Organisationen vor der Übernahme in die unmittelbare Staatsverwaltung oder vor der Privatisierung ihrer Funktionen absichern und damit institutionell gewährleisten¹¹⁷. Eine verfassungskräftige Autonomie als Ansatz für eine subsidiäre Zuordnung läßt sich daraus nicht ableiten.

Das Subsidiaritätsprinzip bietet nicht den Hebel, um die notwendige Einheit der Staatlichkeit aufzuspalten und die Verwirklichung legitimer Staatszwecke zu gefährden. Gerade wenn eine Anstalt (etwa die Bundesbahn) aus Gründen der Verwaltungsraison zum Träger eines legitimen Staatszweckes geschaffen worden ist, könnte eine Emanzipation gegenüber der staatlichen Zentrale und eine Tätigkeit, die der wirtschaftlichen Selbstentfaltung und nicht mehr der Verwirklichung staatlicher Zwecke dient, letztlich auch tiefer in die Rechtssphäre der gesellschaftlichen Kräfte eingreifen, als die legitime staatliche Aufgabe es erfordert. Falls das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der öffentlichen Gewalt zur Gesellschaft gelten sollte, läßt sich die Existenz und das Wirken solcher Verwaltungseinheiten nur rechtfertigen, wenn sie auf jede selbstzweckhafte Motivation verzichten und sich darin bescheiden, gefügte Instrumente in den Händen des Staates zur Verwirklichung staatlicher Zwecke zu sein.

Unter allen Trägern mittelbarer Staatsverwaltung ist also einzig für die Gemeinden das Subsidiaritätsprinzip grundgesetzlich verankert¹¹⁸.

b) Die Tragfähigkeit zur Analogie vom Innen- auf das Außenverhältnis der Staatlichkeit

Der Induktionsschluß aus einzelnen Regelungen des innerstaatlichen Organisationsrechts hat auf ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip geführt — aber nur für den Geltungsbereich des Organisationsrechts. Ob der Leitgedanke der Subsidiarität für die Staatsverfassung schlechthin gilt, ob er sich vor allem auf die Außenbeziehungen der öffentlichen Gesellschaft übertragen läßt, hängt davon ab, ob die innerstaatliche Gliederung völlig einzigartiger Natur ist oder beispielhaften Charakter hat, ob zwischen öffentlichen und privaten Einheiten eine *analogia entis*

¹¹⁷ Köttgen meint dagegen, Art. 87 GG führe obligatorische Agenden des Bundes (Bahn, Post etc.) auf, deren Privatisierung unzulässig sei. (Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 70). Zu der These, die Sozialstaatsklausel enthalte die institutionelle Garantie der Sozialversicherung, s. o. § 40.

¹¹⁸ Zur Sonderstellung der Gemeinde als der einzigen natürlichen („gewachsenen“, „echten“) und notwendigen Gemeinschaft außer dem Staat: BGHZ 32, 248 (258/259).

socialis erkennbar ist oder ob der Staat als der „Ganz Andere“ seinen Bürgern gegenübertritt.

Eine endgültige Antwort setzt voraus, daß beide Vergleichsgrößen hinreichend bekannt sind. Obwohl über die Außenbeziehungen des Staates erst vorläufige Einsichten erzielt worden sind, ist es systematisch bereits an dieser Stelle gerechtfertigt, die wichtigsten Gesichtspunkte einander gegenüberzustellen, die für und gegen die umfassende Geltung des Subsidiaritätsgedankens sprechen:

aa) a) Die Systematik des Grundgesetzes spiegelt im Nebeneinander des grundrechtlichen und des organisatorischen Teiles den *liberalen Dualismus von Staat und Individuum*: Der sich willkürlich selbst verfassenden Gesellschaft steht der durch objektive Normen bereits verfaßte Staat gegenüber — und zwar nicht, wie es föderaler Konzeption entspräche, als Teil der Gesellschaft, als ihr letztes tragendes Glied¹¹⁹, sondern als eigenständige, unvergleichbare, übergeordnete Größe, die durch ihr spezifisches Imperium ausgezeichnet und durch ihre Souveränität allen sozialen Gebilden gegenüber entrückt ist. Die Sonderstellung wird noch stärker betont, seit die Fiskustheorie verabschiedet ist: Jetzt wird das Wesen der Staatlichkeit einheitlich bestimmt, und die strengen Bindungen, die ursprünglich nur auf den Einsatz unwiderstehlicher Macht bezogen gewesen sind, ergreifen *alle* Regungen der Staatlichkeit, auch die nicht-obrigkeitlichen Handlungen, und heben die Reservationen staatlicher Privatautonomie auf. Da nach heutiger Auffassung die Grundrechte die öffentliche Gewalt in allen ihren Erscheinungsformen erfassen, während die öffentliche Gewalt selbst sich nicht auf Grundrechte berufen kann, selbst da, wo sie scheinbar „wie ein Privater“ auftritt, ist der Dualismus zwischen dem grundrechtsgebundenen Staat und dem grundrechtsgeschützten Individuum zur letzten Konsequenz weiterentwickelt worden.

ß) Die grundrechtliche Ordnung ist in erster Linie von der *Freiheit*, die staatsorganisatorische in erster Linie von der *Homogenität* geprägt. Die Grundrechte ermöglichen legitime Vielfalt und bilden damit das Lebensprinzip des *gesellschaftlichen Pluralismus*. Der pluralistischen, sich mannigfaltig engagierenden Sozialwelt tritt der Staat als der „neutralisierende“ Hüter des Gemeinwohls entgegen, als der Mittelpunkt der Integration.

γ) Dieser Unterschied wirkt sich auch in der jeweiligen *wirtschaftlichen Grundlage* aus, von der das Subsidiaritätskriterium der *Leistungsfähigkeit* abhängt. Zwischen den staatlichen Einheiten herrscht das Prinzip des Ausgleichs, wonach die Verteilung der Einnahmen den vorgegebenen

¹¹⁹ So aber Hauser, R-St-W IV, S. 9/15.

Aufgaben und dem gesetzlich festgelegten Bedarf folgt (arg. Art. 106, 107 GG). Im Gegensatz dazu stehen die gesellschaftlichen Kräfte unter dem Gesetz des Wettbewerbs, und ihre Fähigkeit, Leistungen zu erbringen, erwächst aus den jeweils einsatzfähigen wirtschaftlichen Mitteln. Der Motor der Marktwirtschaft ist das Gewinnstreben. Daß sozial wertvolle Güter erbracht werden, ist weniger das Ziel als das Ergebnis der Beteiligung des Einzelnen im Wirtschaftsprozeß. Dagegen darf sich der Staat allein am Gemeinwohl ausrichten und muß sich unmittelbar — ohne sich vom Erwerbsstreben leiten zu lassen — der Erfüllung öffentlicher Aufgaben widmen. Der moderne Steuerstaat ist zu dieser altruistischen Haltung befähigt, weil seine wesentliche Einnahmequelle nicht von Gegenleistungen abhängt und das Äquivalenzprinzip — die Grundnorm der Privatwirtschaft — damit ausgeschaltet ist. Nicht minder bedeutsam ist der Unterschied in der Freiheit des Finanzgebarens: Während die Marktteilnehmer ihre wirtschaftlichen Entscheidungen (im Rahmen der Möglichkeiten, die der Markt eröffnet) frei treffen, stehen die staatlichen Ausgaben unter dem Gesetz der Notwendigkeiten, die sich aus dem öffentlichen Interesse ableiten. Aus diesem Grunde vermag der Staat auch nicht beweglich auf die Wandlungen des Marktgeschehens zu reagieren, vielmehr steht sein ökonomisches Verhalten unter dem Diktat des gesetzlich geplanten Einnahmen-Ausgaben-Solls¹²⁰.

δ) Privates Engagement für das Gemeinwohl erfolgt freiwillig. Die öffentliche Gewalt ist wesenhaft auf dieses Ziel festgelegt.

These: Aus dieser Sicht zeigen sich zwischen Staat und Gesellschaft keine Bezugspunkte, um analoge Rechtsbeziehungen zu verankern. Staat und Gesellschaft erscheinen als inkommensurable Größen.

bb) Doch läßt sich zu der These, zwischen Staat und Gesellschaft klaffe ein schroffer, unaufhebbarer Gegensatz, auf dem Boden des Grundgesetzes auch die *Antithese* entwickeln.

a) Volksstaat und Rechtsstaat, liberale und politische Formen des Gemeinwesens lassen sich nicht mehr gegeneinander ausspielen, wie es Carl Schmitt in geistvoll überspitzter Antithetik unternahm¹²¹. Vielmehr führen alle Erscheinungen auf eine gemeinsame Wurzel zurück: die *eine Freiheit* des Individuums, die sich nicht mehr in eine gesonderte liberale und politische Freiheit aufspalten läßt. Somit ist auch die föderale Freiheit auf diesen Ursprung zurückzuführen¹²².

¹²⁰ Eine idealtypisierende Gegenüberstellung der staats- und der erwerbswirtschaftlichen Grundsätze bietet besonders prägnant Isenberg, Gemeinden, S. 45/49.

¹²¹ Vor allem in der Verfassungslehre, S. 129/359.

¹²² Die Grundlegung der demokratischen, rechtsstaatlichen und föderalistischen Strukturprinzipien in der Freiheit des Individuums stellt vor allem Kagi dar (Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 52/73).

ß) Das Unterscheidungsmerkmal, das den Staat von privaten Verbänden abhebt, die *Souveränität*, hat viel von seiner Kraft eingebüßt. So wie sich die Bonner Republik den supranationalen Einrichtungen geöffnet und sich bereit erklärt hat, ihre Hoheitsrechte einzuschränken und die nationale Souveränität gegenüber Werten der internationalen Zusammenarbeit zurückzustellen (Art. 24 GG)¹²³, so ist auch die innerstaatliche *suprema potestas* eingeschränkt worden.

γ) Die Hoheitsgewalt erzeugt nicht mehr eine unüberbrückbare Distanz von Staat und Gesellschaft. Beide verbindet ein breites Feld der *Übergänge und Mischungen*, in dem der Grenzverlauf oft nur schwer erkennbar ist. Bereits durch die dezentralistische Staatsorganisation wird eine Kluft zur Gesellschaft vermieden und die öffentliche Gewalt unmittelbar an die individuellen Lebensverhältnisse herangeführt. Die Leitgedanken der Dezentralisation, vor allem die vertikale Gewaltenteilung, bezeichnen überhaupt nicht mehr spezifische Eigenschaften der Staatlichkeit, sondern greifen in den gesellschaftlichen Raum über und rechtfertigen auch den sozialen Pluralismus. Auch sind die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht den staatlichen Verwaltungseinheiten ausschließlich vorbehalten. So haben Träger gesellschaftlicher Selbstverwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise eine öffentlich-rechtliche Struktur erhalten und sind damit janusköpfige Gebilde mit einem staatlichen und einem gesellschaftlichen Gesicht geworden (so etwa die Wirtschaftskammern und die Rundfunkorganisationen). Während auf der einen Seite der Staat immer noch privatwirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht, werden auf der anderen Seite Unternehmen der Privatwirtschaft mit hoheitlichen Funktionen „beliehen“ und freie Organisationen — etwa im Sozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsrecht — mit staatlichen (Um-) Verteilerzuständigkeiten betraut.

Hier wird besonders deutlich, daß die staatlichen Aufgaben weithin nur einen Ausschnitt der öffentlichen Aufgaben darstellen, die an sich auch von gesellschaftlichen Kräften wahrgenommen werden können, daß die konkurrierenden Staatszwecke das Bild heutiger Staatlichkeit mehr gestalten als die ausschließlichen.

Das Verhältnis des Staates zu den gesellschaftlichen Gruppen ist gerade nicht allein durch Überordnung bestimmt. Vielmehr tritt der Staat den

¹²³ Daß der Gedanke der Subsidiarität den Staat nicht zwingt, Hoheitsrechte auf *supranationale Instanzen* zu delegieren, wird von Maunz (M—D, Art. 24/19) und Herzog (Der Staat 2, 1963, 413) hervorgehoben. Der Versuch, die staatsrechtliche Subsidiarität im Analogiewege ins Völkerrecht zu transponieren, muß deshalb scheitern. Wohl aber läßt die Ermächtigung des Art. 24 GG die föderalistische Grundstimmung der Verfassung und die Schwäche nationalstaatlicher Souveränität erkennen und liefert damit Argumente dafür, ein verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip anzunehmen.

sozialen Ordnungsfaktoren, vor allem den Kirchen und den Tarifparteien, notwendig auch auf gleicher Ebene gegenüber. Ihre Beziehungen werden weithin nicht durch einseitigen Befehl und Zwang, sondern durch partnerschaftliche Einflußnahme und Abstimmung, durch freiwillige Zusammenarbeit und freien Vertrag geregelt. Die bündischen Tendenzen wirken so auch jenseits des Bund-Länder-Bereiches in den Außenbeziehungen der öffentlichen Gewalt.

δ) Die Zuständigkeiten des Staates und die Grundrechte der Bürger sind *rechtsmethodologisch* nicht inkommensurable Größen, seit Georg Jellinek im subjektiven öffentlichen Recht den gemeinsamen Nenner für beide gefunden hat¹²⁴. Die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung, die institutionelle Garantie des Art. 28 II GG, unterscheidet sich in ihrer rechtstechnischen Gestalt nicht wesentlich von den Instituts-garantien privatrechtlicher Normeninbegriffe und gesellschaftlicher Sachverhalte wie der Pressefreiheit.

ε) Wichtiger als diese formalen Vergleichsmöglichkeiten sind die *materiellen* Tendenzen, die staatlichen und privaten Beziehungen *parallel* zu schalten. Das gilt vor allem von den Bestrebungen, auch die gesellschaftlichen Kräfte an die Grundrechte und sogar die staatsorganisatorischen Normen (wie Gewaltenteilung und Demokratizität) zu binden; diese „*Drittwirkung*“ wird wesentlich damit gerechtfertigt, daß die soziale Macht der staatlichen Macht ähnlich sei. Auf der anderen Seite werden rechtsstaatliche Elemente wie das Übermaßverbot und die Wesensgehaltsgarantie auch auf interne staatliche Beziehungen angewendet. Das objektive Willkürverbot beherrscht alle Lebensbeziehungen, die bundeswie die rechtsstaatlichen, als Ausfluß der Gerechtigkeitsidee, auf die alle Teilbezirke der staatlichen Ordnung ausgerichtet sind¹²⁵. Eine weitere wichtige Klammer der Bundes- und der Rechtsstaatlichkeit bildet das verfassungsrechtliche *Günstigkeitsprinzip*¹²⁶, das Zuständigkeitsregeln, Einrichtungsgarantien und Grundrechte als Schutzgesetze zugunsten der unteren, präsumtiv schwächeren Rechtssubjekte erfassen läßt, mag es sich

¹²⁴ Vgl. System, S. 294/306. Auf der anderen Seite bilden die Grundrechte „negative Kompetenznormen“, die den inneren Umfang der Kompetenzen einschränken (vgl. Ehmke, Wirtschaft, S. 30).

¹²⁵ Die Übertragung der Grundrechte bedroht die Souveränität und Einheit des Staatsverbandes (vgl. Forsthoff, Körperschaft, S. 107/108). Dagegen ist für den objektiven Gleichheitssatz, der nicht der Stütze des Art. 19 III GG bedarf, auch innerhalb der Staatlichkeit Raum, soweit er auf die Eigentümlichkeiten der jeweiligen Beziehungen abgestellt ist und sachwidrige Unterscheidungen versagt — vgl. Leibholz, G., Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München 1959, S. 133/158; Fuß, DVBl. 1958, 743.

¹²⁶ Der Begriff wird dem kollektiven Arbeitsrecht entlehnt. Dort bedeutet er, daß Arbeitnehmerschutz-Normen nur einseitiges *ius cogens* enthalten, und zwar zugunsten der Arbeitnehmerinteressen, eine für sie günstigere Lösung aber zulassen. Vgl. Nipperdey, in: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II, § 13, VII 2.

um Länder, Gemeinden oder Individuen handeln. Der wirkmächtigste Versuch, den Unterschied zwischen der Grundrechts- und der Zuständigkeitsordnung einzuebnen, liegt in den Bestrebungen, die Grundrechte aus ihren Formen als ausschließlich subjektive Individualrechte herauszulösen, in ihnen den Schutz objektiver Lebensbereiche zu erkennen und aus ihnen *institutionelle Garantien* abzuleiten. Mit dieser Umdeutung von Freiheitsrechten in Freiheitsräume, von Ansprüchen in Zuständigkeiten wird das „Außen“ des Staates dem „Innen“ angepaßt.

§) Während die „souveräne“ Entscheidungsfreiheit der öffentlichen Gewalt im sozialen Rechtsstaat zum Ermessen geschrumpft ist, hat die „natürliche“ Freiheit ihre Indeterminiertheit eingebüßt in dem Maße, in dem ihr Ordnungsbezug erfaßt wird.

Antithese: Die *suprema potestas* des Staates bezeichnet also heute nicht mehr eine qualitativ andere Natur des Staates gegenüber der Gesellschaft, sondern seine quantitativ höchste Macht. Staatliche und gesellschaftliche Instanzen sind vergleichbare Größen.

cc) These und Antithese entkräften einander nicht. Vielmehr müssen sie in einem dialektischen Spannungsverhältnis zueinander erfaßt werden. Daraus folgt für die Frage, ob die innerstaatliche Subsidiarität analogiefähig sei und allgemein gelte:

- I. Der Übergang vom innerstaatlichen in den äußeren Bereich führt in eine andersstrukturierte Zone des Verfassungsrechts. Da eine proportionale Stufenordnung zwischen staatlichen und privaten Einheiten nicht erkennbar ist, kann die innerstaatliche Subsidiarität nicht unverändert auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft übertragen werden.
- II. Wenn jedoch ein Analogieschluß scheitert, ist damit noch nicht der Umkehrschluß gerechtfertigt. Ausgeschlossen ist überdies lediglich eine *pauschale* Übertragung, nicht jedoch eine solche, die auf die Eigenart, das *alio genos*, der staatlichen Außenbeziehungen Rücksicht nimmt.
- III. Wichtige Gesichtspunkte sprechen dafür, daß das Grundgesetz eine Parallelisierung der staatsinternen und staatsexternen Prinzipien anstrebt. Insbesondere bekundet dies der gemeinsame Bezug zur Freiheit des Individuums. Es entspräche verfassungsrechtlicher Konsequenz, daß der „subsidiäre Zug“ (Hans Barion)¹²⁷, den die innere Ordnung des Staates erkennen läßt, auch die äußere Ordnung prägt. Zumindest wird deutlich, daß das Grundgesetz dem Subsidiaritätsgedanken offen ist.

¹²⁷ Barion, Der Staat 3 (1964), S. 15.

IV. Obwohl diese Gründe nicht ausreichen, um einen zwingenden Beweis zu führen, so liefern sie doch ein wichtiges Argument, das den Nachweis stützen kann.

3. Analogieschluß aus inner-gesellschaftlichen Nachrangregelungen

a) So groß, wie die Aufmerksamkeit ist, die in der Literatur dem Subsidiaritätsprinzip als Regulativ der staatsinternen Beziehungen zugewendet wird, so gering ist sie gegenüber der Frage, ob das Grundgesetz auch im innergesellschaftlichen Raum eine subsidiäre Ordnung begründet habe¹²⁸. Das Desinteresse ist leicht zu erklären: Der Verfassungstext läßt nur innerhalb der Staatsorganisation eine klar durchgeführte vertikale Stufenordnung erkennen. Im gesellschaftlichen Bereich wirken die Grundrechte in erster Linie nicht als Formen vorgegebener Organisation, sondern als Garanten der Freiheit und schaffen damit einen Bereich der institutionellen Offenheit. Das Grundgesetz hat nicht nur darauf verzichtet, die gesellschaftlichen Beziehungen zu regeln, sondern hindert mit seinen Freiheitsgarantien sogar in hohem Maße den Gesetzgeber daran, seinerseits ein Reglement zu schaffen¹²⁹.

Die *Mobilität* der modernen Gesellschaft hat durch die Grundrechte Verfassungsrang erhalten¹³⁰. Damit hat das Grundgesetz das Leitbild einer durchorganisierten, institutionell vorgeformten Gesellschaft nicht übernommen¹³¹. Der Grundrechtsteil zeigt, daß die Verfassung in erster Linie vom *Dualismus Staat — Individuum* ausgeht. Die liberal-rechtsstaatliche Konzeption bestimmt also wesentlich die Sozialverfassung¹³².

¹²⁸ Soweit in der Literatur versucht wird, durch eine Addition von Verfassungsartikeln ein analog geltendes Subsidiaritätsprinzip nachzuweisen (s. o. vor § 49, FN 12), und dabei Rechte von gesellschaftlichen Kollektiven aufgeführt werden (Art. 6, 9, 140 GG), wird entweder nur das Verhältnis zur Staatsgewalt angesprochen oder die unkritische Projektion gesellschaftsföderaler Vorstellungen in die Verfassungsurkunde unternommen.

¹²⁹ Das gilt in weitestem Umfang im Verhältnis des Staates zur organisatorischen Eigenständigkeit der Kirchen (Art. 140 GG mit Art. 137 I/IV WRV), in abgeschwächtem Maße allerdings auch gegenüber anderen Einrichtungen. Daß der Gesetzgeber nicht ohne weiteres im innergesellschaftlichen Bereich zwangsweise eine subsidiäre Ordnung aufrichten darf, folgt gerade aus der Subsidiarität, die zwischen Staat und Gesellschaft gilt und die jede staatliche Überreglementierung verbietet (dazu u. §§ 56, 57). Für das Verhältnis Staat—Familie ist dieser Zusammenhang vom *BVerfG* bereits erkannt (E 10, 59 [84/85]). — Die parallele Problematik zeigt die kommunalrechtliche Subsidiarität; s. o. § 51.

¹³⁰ Vgl. *Kaiser*, Repräsentation, S. 361.

¹³¹ Vgl. *Kaiser* (FN 130), S. 313 ff.; *Köttgen*, OLG-Festschrift, S. 90 und passim.

¹³² Diese grundsätzliche These wird von der *Sozialklausel* nicht berührt. Diese Klausel verbietet zwar der öffentlichen Gewalt die Indifferenz gegenüber den gesellschaftlichen Vorgängen. In ihrer Abstraktheit macht sie aber keine Aussage über den Inhalt der gerechten Ordnung des Sozialbereichs.

Auch soweit das Grundgesetz den Vereinen ein Recht auf Bestand (Art. 9 I)¹³³ und den juristischen Personen die Fähigkeit zuspricht, Grundrechte wahrzunehmen (Art. 19 III), leiten die Kollektivgebilde zwar ihre Grundrechte von den Individuen ab, die hinter ihnen stehen¹³⁴, und erweitern damit deren Grundrechtszuständigkeit in den kollektiven Bereich hinaus, aber sie mediatisieren die individuellen Rechtsträger nicht: Jeder Grundrechtsträger, gleich ob natürliche Person oder Personenverband, ist unmittelbar der öffentlichen Gewalt gegenübergestellt.

b) Diese allgemeine Feststellung, die keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme einer innergesellschaftlichen Subsidiarität zu enthalten scheint, bedarf allerdings einiger Einschränkungen.

aa) Dadurch, daß das Grundgesetz sowohl das *elterliche Erziehungsrecht* gewährt (Art. 6 II), zugleich aber das Kind bereits als Grundrechtsträger anerkennt¹³⁵, stehen elterliche Heteronomie und Autonomie des Kindes nebeneinander. Da beide Grundrechte sich auf dasselbe Lebensgebiet beziehen und einander in bestimmtem Umfang ausschließen, müssen sie verfassungsrechtlich abgegrenzt werden, falls ein Widerstreit vermieden werden soll. Selbst wenn die Rechte der Eltern und des Kindes allein gegen den Staat gerichtet sein sollten, ist mittelbar eine Drittwirkung gegeben, da das elterliche Erziehungsrecht dem Staat gegenüber dort enden muß, wo das Selbstbestimmungsrecht des Kindes einsetzt. Die formale Lösung ist dann erzielt, wenn man das Elternrecht als Sachwalterschaft für die Rechte des Kindes auffaßt, die es noch nicht ausüben kann, und deshalb das Elternrecht in dem Maße zurücktreten

¹³³ Vgl. Hamann, GG Art. 9/A 2 mit Nachw. Herzog hebt hervor, daß Vereine nicht an das Subsidiaritätsprinzip gebunden seien, da es kein Element der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (Art. 9 II GG) sei: Der Staat 2, 1963, S. 412; EvStL, Sp. 2267.

¹³⁴ Dürig (M.—D., Art. 19 III/Rdnr. 1—2) will bei Art. 19 III GG stets den „Durchgriff“ auf den Einzelmenschen, der hinter der juristischen Person stehe, vornehmen, da es hier um die „Persönlichkeitsentfaltung in der Gemeinschaft“ gehe.

Wenn man Art. 19 III GG als Ausdruck der Partizipation kollektiver Gebilde an den Grundrechten ihrer Mitglieder deutet, so mag damit ein Argument für die These gewonnen sein, daß zwischen ihnen eine subsidiäre Relation bestehe. Für eine modelltreue Interpretation des Subsidiaritätsprinzips kann das genügen, soweit sie sich am Bild konzentrischer Lebenskreise ausrichtet. Das eigentliche Ziel des Subsidiaritätsprinzips — der Freiheitsschutz in einer gestuften Ordnung — wird damit nicht erreicht. Die eigentliche Bedrohung der Freiheit des Einzelnen erfolgt am wenigsten durch Verbände, denen er angehört, sondern gerade durch soziale Gewalten, die ihm völlig fremd gegenüberstehen. Diese Macht kann in den Händen eines Kollektivs wie eines Einzelmenschen liegen. Das „maius-minus“ wird auf Grund soziologischer Realanalyse deshalb von der *Drittwirkungslehre* (s. u.) durch das Kriterium der sozialen Gewalt, nicht aber durch das Kriterium formal mitgliedschaftlicher Beziehungen bestimmt. — s. o. § 25.

¹³⁵ Zu dem Problemkreis: Hildegard Krüger, FamRZ 1956, S. 329, 335; Dürig, M.—D., Art. 19 III/Rdnr. 20—24; Feuchte, DÖV 1965, S. 661.

läßt, in dem das Kind die (Grundrechts-)Mündigkeit erreicht. Im Elternrecht ist eine altruistische, auf das Kindeswohl bezogene Ergänzungsfunktion erkennbar, die in der natürlichen Hilfsbedürftigkeit des Kindes ihre Grundlage hat. In dieser Relation ist somit die Subsidiarität verwirklicht und verfassungsrechtlich anerkannt. Subsidiär tritt zur Erziehungsgewalt der Eltern die des Staates hinzu¹³⁶. Es bestehen aber Bedenken dagegen, in der Subsidiarität, die das Eltern-Kind-Verhältnis bestimmt, die Grundlage für einen Analogieschluß zu suchen, der alle innergesellschaftlichen Beziehungen und das Verhältnis von Staat und Gesellschaft unter das Gesetz der Subsidiarität stellt. Denn die familiären Beziehungen sind durch naturgegebene Notwendigkeiten geformt; das „natürliche“ Erziehungsrecht korrespondiert mit einer Verpflichtung, über deren Erfüllung der Staat wacht. Jene Spontaneität und Gestaltungsfreiheit, welche die übrigen gesellschaftlichen Beziehungen prägen, herrscht hier gerade nicht.

bb) In Art. 9 III 2 GG wird die Koalitionsfreiheit auch gegen Beschränkungen seitens Privater geschützt. Für die Lehre von der *Drittwirkung* der Grundrechte¹³⁷ liegt in dieser Regelung der punktuelle Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß jede soziale Gewalt grundrechtlich gebunden sei. Die Grundrechtsträger erscheinen nicht mehr ausschließlich auf der Gleichordnungsebene im verfassungsrechtlich beziehungslosen Nebeneinander. Vielmehr sind die Freiheitsträger auch grundrechtsgebunden. Da Rechte und Pflichten miteinander korrespondieren und gegeneinander abgewogen werden müssen, da sich als Maß der Abwägung das reale Bedürfnis nach Freiheitsschutz und die effektive Macht anbieten, kann sich der soziologische Pluralismus in der Grundrechtsordnung widerspiegeln¹³⁸. Und da es Ziel der Drittwirkungslehre ist, die Freiheit des Einzelnen wirksam zu gewährleisten, kann sie die Grundlage schaffen, um ein innergesellschaftliches Subsidiaritätsprinzip zu entwickeln.

Eine solche Konzeption wäre aber — ebenso wie die Drittwirkungslehre selbst — das Ergebnis eines Analogieschlusses von den staatlichen Außenbeziehungen auf den internen Sozialbereich. Es wäre überflüssig, von hier aus wieder in erneuter Analogie einen Rückschluß zu unternehmen. Statt die sekundäre Ausstrahlung zu betrachten, kann man sich besser unmittelbar dem Ursprung zuwenden.

cc) Das gilt auch von den Forderungen, die innergesellschaftlichen Gliederungen an staatliche *Organisationsprinzipien* (Demokratizität, Publizität)¹³⁹ zu binden.

¹³⁶ s. u. § 57.

¹³⁷ Vgl. Nipperdey, in: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 15 II; Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 159 ff.; Leisner, Grundrechte, bes. S. 285/403 mit Nachw.

¹³⁸ Vgl. FN 134. — Im übrigen s. o. § 25.

¹³⁹ Zur Drittwirkung von Organisationsprinzipien allgemein: Ridder, Stel-

dd) Momente gesellschaftsinterner Subsidiarität werden ebenfalls im Gedanken der *vertikalen Gewaltenteilung* angedeutet, soweit er sich auf die gesellschaftlichen Gruppen bezieht¹⁴⁰. Zwar soll er in erster Linie die Freiheitssicherung des Einzelnen durch die Verbände vor dem Staat bezeichnen. Mittelbar aber erfaßt er auch den Individualschutz durch die öffentliche Gewalt gegenüber den gesellschaftlichen Mächten.

ee) Das Grundgesetz behandelt die verschiedenen intermediären Gewalten¹⁴¹ nicht schematisch gleich, sondern stuft unter ihnen ab: So privilegiert es die politischen Parteien und gewährleistet die Autonomie der Tarifpartner. Im Staatskirchenrecht hat sich eine wohlgestufte Rangordnung herausgebildet, die von den Kirchen, die ihres „Öffentlichkeitsauftrags“ wegen besonders ausgezeichnet sind, bis zu den Religionsgesellschaften mit schlicht vereinsrechtlichem Status reicht¹⁴². Diese Privilegienordnung rechtfertigt die beratende und mitentscheidende Teilnahme in staatlichen Gremien¹⁴³ ebenso wie wirtschaftliche Begünstigungen. In diesen Vorzugsstellungen einzelner unterstaatlicher Größen bahnt sich mittelbar auch eine *innergesellschaftliche Hierarchie* an als unter- und nebenstaatliche Repräsentationsordnung. So bilden sich — etwa im Bereich der arbeitsrechtlichen Koalitionen und der Parteien, der Presse und des Rundfunks — semistaatliche Organisationen heraus, die sich zwischen den Staat und das Individuum schieben — vom Staat getrennt durch das Fehlen der demokratisch-öffentlichen Verantwortung und das Fehlen obrigkeitlicher Befugnisse, von den Privaten abgehoben durch Privilegien und staatlich lizenzierte gesellschaftliche Macht.

ff) Die Ablösung des liberal-demokratischen Systems formaler Gleichheit durch eine Sozialhierarchie wird vor allem von den Bestrebungen getragen, aus den Individualrechten *institutionelle Gewährleistungen* abzuleiten. Diese Garantien sollen nicht nur Normen-Inbegriffe verfassungsrechtlich gegen Änderungen ihrer „Wesenskern“ schützen, sondern auch gesellschaftlichen Sachverhalten den Bestand sichern¹⁴⁴. Da die insti-

lung, S. 18/20; *Leisner*, DÖV 1961, 651. Zur innergesellschaftlichen Demokratizität s. u. § 54, FN 11; vgl. dazu auch *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 127 (antiliberale Tendenz des sozialen Demokratiegedankens). Zur innergesellschaftlichen Publizität; *Mallmann*, JZ 1966, 632; Beiträge in: *Das Frankfurter Publizitätsgespräch*, Frankfurt 1962.

¹⁴⁰ s. o. §§ 19, 29.

¹⁴¹ s. o. §§ 25, 46. — Zu der neuen Privilegienordnung und der gesellschaftlichen Repräsentation vgl. bes. *Werner Weber*, Spannungen, S. 39/64 und *Kaiser*, Repräsentation, S. 308 ff., 338 ff.

Kritisch gegenüber einer staatlichen Privilegierung der Kirchen: *Obermayer*, DÖV 1967, S. 15/17.

¹⁴² s. Übersicht bei *Mikat*, GR IV/1, S. 148/171.

¹⁴³ Zusammenfassend: *Dagtoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter.

¹⁴⁴ Nachw. s. u. § 57.

tutionelle Garantie wesensmäßig nicht nur staats-, sondern auch drittgerichtet ist¹⁴⁵, bedeutet Bestandschutz damit letztlich auch Schutz vor privater Konkurrenz. So soll die „institutionelle Garantie der Presse“¹⁴⁶ nicht nur die publizistische Tätigkeit erfassen, sondern auch die wirtschaftlichen Grundlagen des Pressewesens gegen konkurrierende Medien schützen¹⁴⁷ — und zwar unabhängig von den Grundrechtsbestimmungen, welche die einzelnen wirtschaftlichen Lebensäußerungen sichern wie Art. 12 I und 14 I GG.

Durch die Einbetonierung institutioneller Garantien in die Verfassungsordnung werden die Mobilität und die Spontaneität der Gesellschaft bedroht. Der Besitzschutz steht höher als die Freiheit, deren notwendige Voraussetzung das Risiko bildet¹⁴⁸. Diese Tendenzen stehen somit im Widerspruch zum liberalen Gesellschaftsideal, das auf der formal gleichen Freiheit gründet und deshalb soziale Ungleichheit ermöglicht, das aber jede soziale Position dem offenen Wettbewerb aussetzt und darum im Namen der Freiheit jede Status-quo-Garantie ausschließt. Hier treten neofeudalistische Tendenzen hervor, die unerschwerlich weiter im Verfassungsrecht wirksam sind. Sie folgen aus anderen Voraussetzungen als die gesellschaftsorganischen Lehren der ersten Nachkriegsjahre¹⁴⁹ und führen doch in dieselbe Richtung: auf eine starre, institutionell verfaßte Ordnung hin, die Freiheiten in Zuständigkeiten verwandelt. Während diese wirkmächtige Bewegung des heutigen Verfassungsrechts versucht, aus dem vieldeutigen Begriff der „öffentlichen Aufgabe“¹⁵⁰ ein System von Privilegien und Pfründen abzuleiten, klingt es fast wie eine Sentenz aus einem versunkenen verfassungsgeschichtlichen Zeitalter, wenn eine kritische Stimme daran erinnert, daß Demokratie die Freiheit der Gleichen sei¹⁵¹.

Mit der Institutionalisierung gesellschaftlicher Bereiche werden Anwendungsmöglichkeiten für das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der intermediären Institution zum Einzelnen geschaffen — und zwar mehr

¹⁴⁵ Vgl. *Leisner* (FN 137), S. 90/96.

¹⁴⁶ Zur institutionellen Garantie der Presse grundlegend: *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 55/91, bes. S. 69.

¹⁴⁷ Zusammenfassend: *Leisner*, Werbefernsehen, S. 190/224.

¹⁴⁸ Ein Seitenstück zu der verfassungsrechtlichen Tendenz bildet der Besitzschutz im Zivilrecht über das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“. Kritisch dazu: *Larenz*, K., Schuldrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1965, S. 421/424 mit Nachw.

¹⁴⁹ s. o. § 28.

¹⁵⁰ Dazu oben § 34 (Ende). Vgl. vor allem *Forsthoffs* Kritik: DÖV 1963, S. 633/634.

¹⁵¹ *Bettermann* (JZ 1964, S. 611) gegen Presseprivilegien. Vgl. auch *BVerfGE* 10, 59 (81): es folge aus der allgemeinen Wertordnung der Verfassung für das Elternrecht die Regel „Soviel gleiche Freiheit wie möglich!“.

für seine föderale als für seine liberale Komponente. Das Subsidiaritätsprinzip *muß* hier sogar gefordert werden, damit der individuellen Freiheit noch Spielraum verbleibe.

Ergebnis

Ein durchgehendes innergesellschaftliches Subsidiaritätsprinzip ist nicht aufzuweisen. Wohl aber zeigen sich — vor allem im Zusammenhang mit Drittwirkungserscheinungen und Institutionalisierungstendenzen — Ansätze zu einem solchen Grundsatz. Diese liefern für eine verfassungsrechtliche Geltung des Subsidiaritätsprinzips im Außenverhältnis von Staat und Gesellschaft keine Argumente.

4. Ableitung aus Regelungen des Außenverhältnisses von Staat und Gesellschaft

Als mögliche Grundlagen eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips kommen drei Staatsformbestimmungen des Grundgesetzes in Betracht: Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat. Sodann bieten sich die Grundrechte als die konkreten Rechtsgewährleistungen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft als Bestimmungsgrund an.

a) Demokratie

aa) Die Staatsformbestimmung der Demokratie enthält in der Gestalt, die sie im Grundgesetz angenommen hat¹⁵², Momente, die in die Nähe des Subsidiaritätsprinzips zu führen scheinen¹⁵³. Nach beiden Ordnungsvorstellungen sollen die Lebensimpulse „von unten nach oben“ wirken — nach dem Subsidiaritätsprinzip von den kleineren zu den größeren Gesellschaftseinheiten, nach dem demokratischen Prinzip vom Staatsvolk zu den Staatsorganen hin.

Vom Volk, dem Ursprung und der Legitimation aller Staatsgewalt (Art. 20 II GG), geht die politische Willensbildung aus. Das Volk bringt in den Wahlen die Staatsorgane hervor. Die Bürger und die gesellschaftlichen Gruppen wirken überdies an der Gestaltung der öffentlichen Meinung mit, jenes wesentlich demokratischen Integrationsmediums außerhalb der Wahlen. Die Freiheit des politischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses, die durch Art. 5, 20, 21 und 28 GG verfassungsrechtlich

¹⁵² Eine Zusammenstellung der Elemente des demokratischen Prinzips im Grundgesetz bieten Maunz-Dürig, GG, Art. 20/Rdnr. 29—44 mit Nachw.

¹⁵³ Nach Thieme, JZ 1961, 284, liegt in der Bezeichnung der Bundesrepublik als „freiheitliche Demokratie“ ein Argument für die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Nähere Ausführungen fehlen.

abgesichert ist, hat das Bundesverfassungsgericht besonders im Parteifinanzierungsurteil¹⁵⁴ in den Mittelpunkt gerückt: grundsätzlich müsse dieser Prozeß „staatsfrei“ bleiben; Einwirkungen der gesetzgebenden Körperschaften, der Regierung und der Verwaltung seien nur dann zulässig, wenn sie durch einen besonderen, sie verfassungsrechtlich legitimierenden Grund gerechtfertigt werden könnten. — Doch ist diese demokratische Freiheitsgewährleistung anderer Natur als die des Subsidiaritätsprinzips, denn das Verhältnis des Staatsvolkes zu den Staatsorganen ist nicht das von Einheiten, die in sich abgeschlossen sind und zueinander im Über-/Unterordnungsverhältnis stehen, wie es das Subsidiaritätsprinzip voraussetzt, sondern es ist die Beziehung von Bestandteilen einer einzigen Einheit zueinander, der Einheit des Staatsverbandes. Das demokratische Prinzip stellt nicht so sehr auf die Freiheit der Glieder *vom* Ganzen als auf die Integration der Glieder *zum* Ganzen ab. In diesem Integrationsprozeß wird die Repräsentation des Ganzen (das Gegenüber der Gesellschaft) gerade erst konstituiert. Die Binnenstruktur des staatlichen Verbandes, die Herrschaftsform des Staates sowie der status activus seiner Angehörigen, wird von der Subsidiaritätsregel nicht berührt, die nur seine Entfaltung nach außen hin gegenüber den innerstaatlichen Kräften sowie den status negativus und positivus der Bürger zu bestimmen beansprucht¹⁵⁵. Überdies fehlt in der Regel den kompetenzgerechten Akten der Staatsorgane, soweit es um Fragen der politischen Meinungs- und Willensbildung geht, die Vergleichbarkeit mit den Äußerungen der Staatsangehörigen.

Die Staatsorgane wirken in diesem Prozeß nicht als Konkurrenten der Staatsbürger, sondern als Repräsentanten der politischen Einheit aller Glieder — es besteht also gar nicht die Vergleichsebene, die vorausgesetzt werden muß, damit am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips (daß Private etwas ebenso gut leisten können wie die öffentliche Hand) gemessen werden könnte¹⁵⁶.

Das Prinzip eines „von unten nach oben verlaufenden demokratischen Legitimationsstromes“ (Ridder)¹⁵⁷ und das Prinzip des subsidiären Staats-

¹⁵⁴ BVerfGE 20, 56 (97/102); vgl. auch Lenz, JZ 1963, 342. Dazu mit grundsätzlicher Kritik: Häberle, P., JuS 1967, 64/72.

¹⁵⁵ Zur Indifferenz des Subsidiaritätsprinzips gegenüber den Staatsformen vgl. bes. Stadler, Subsidiaritätsprinzip, S. 39, 126.

¹⁵⁶ Aus jedem der angeführten Gesichtspunkte ist das Subsidiaritätsprinzip als Schranke für die Öffentlichkeitsarbeit einer demokratischen Regierung grundsätzlich unanwendbar. Leisner (Öffentlichkeitsarbeit, S. 151) lehnt vor allem das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen der Exekutive und den gesellschaftlichen Kräften ab und damit die Vergleichbarkeit der Akte, denn das Spezifische einer Regierungsverlautbarung liege gerade darin, daß sie die authentische Manifestation des Staatsorgans bilde.

¹⁵⁷ Stellung, S. 19.

aufbaus von unten nach oben enthalten daher allenfalls eine Parallelität, aber keine sachliche Übereinstimmung.

Gegen dieses Ergebnis könnte eingewendet werden, die h. M. sehe in der Entscheidung der Bayerischen Verfassung für die dezentralistische Demokratie, dem Satz, daß die gemeindliche Selbstverwaltung dem Aufbau der Demokratie von unten nach oben dient (Art. 11 IV BV)¹⁵⁸, eine Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens. Jedoch stellt nicht die demokratische, sondern die dezentralistische Komponente dieser Regel den Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip her.

Trotzdem ist ein solcher Zusammenhang denkbar, wenn man das demokratische Prinzip über die politische Willensbildung hinaus auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnungszusammenhänge ausdehnt. Diesen Weg beschreitet Böhm¹⁵⁹. Er deutet die Verbraucherentscheidungen als tägliche Abstimmungs- und Wahlvorgänge. In den Marktgesetzen erscheint ihm deshalb „eine auf das Äußerste getriebene, technisch auf das Raffinierteste vervollkommnete tägliche und stündliche plebiszitäre Demokratie, ein das ganze Jahr hindurch vom Morgen bis in die Nacht währendes Volksreferendum, die technisch idealste Erscheinungsform von Demokratie, die überhaupt existiert“¹⁶⁰. Da die Marktwirtschaft in sich selbst ein demokratischer Vorgang sei, füge sich diese ökonomische Wirtschaftsverfassung auf das Vollkommenste in die demokratische Staatsverfassung ein. Leitet man mit Hilfe der Argumente Böhms aus der Verfassungsentscheidung für die politische Demokratie die (neoliberale) „verfeinerte Wettbewerbswirtschaft“ als grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung ab¹⁶¹, so bietet sich als zweite Stufe der Deduktion an, aus dem grundgesetzlich sanktionierten ökonomischen Modell ein in diesem enthaltenes Subsidiaritätsprinzip zu entwickeln.

Doch bestehen bereits gegen die Prämisse zu diesen Folgerungen Bedenken. Die demokratische Staatsform und die Verfassung der Wettbewerbswirtschaft bilden heterogene Ordnungen. Im Gegensatz zur demokratischen Wahlentscheidung beruhen die „Abstimmungen“ auf dem Markt gerade nicht auf der Gleichheit der Wirtschaftssubjekte, sondern auf dem ungleichen Gewicht ihrer wirtschaftlichen Mittel. Mit der demokratischen Staatsform werden der Träger der Herrschaft und das Ver-

¹⁵⁸ Nachw. o. § 24.

¹⁵⁹ Wirtschaftsordnung, S. 46/51.

¹⁶⁰ Böhm (FN 159), S. 51. — In gleicher Weise deutet Röpke die Marktwirtschaft als plébiscite de tous les jours der Konsumenten und die Wirtschaftswerbung als Seitenstück zur Wahlpropaganda (Maß und Mitte, S. 208/209; zustimmend Jürgens, VerwArch. 53, 1962, S. 105, 121).

¹⁶¹ Böhm deduziert allerdings nicht mit juristischer Methode die Wirtschaftsaus der Staatsverfassung, sondern er stellt nur die (notwendige) komplementäre Entsprechung der Systeme dar, und zwar auf dem Boden einer allgemeinen Wirtschafts- und Verfassungstheorie (zur Methode Böhms: Ballerstedt, DÖV 1951, 159 (160)).

fahren bestimmt, in dem die Staatsorgane hervorgebracht werden, jedoch nicht die sachlichen Regeln, die die Machtausübung binden sollen. Die Demokratie impliziert die Freiheit, um politische Entscheidungen — zum Staat hin — zu treffen, nicht aber die wirtschaftliche Freiheit vom Staat. Die Übertragung des Demokratiebegriffes vom Staatsbürger auf den Konsumenten ist eine geistvolle Metapher; die Grundlegung einer Wirtschaftsverfassung rechtfertigt sie jedoch nicht. Als unzulässige Metabasis *ex alio genos* wird der Gedankengang Böhms auch überwiegend abgelehnt¹⁶². Auch wenn sich in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung die demokratische Staatsform am günstigsten entfalten sollte, so ist doch mit der Staatsform ihr idealer ökonomischer „Unterbau“ nicht ipso iure verfassungsrechtlich gewährleistet¹⁶³, sondern allenfalls als Gebot des politischen Stils dargestellt. Immerhin zeigt sich hier die Affinität der Demokratie, wie sie das Grundgesetz normiert hat, zu einer liberalen Sozialordnung. Die Staatsform gründet auf der freien, selbstverantwortlich entscheidenden Einzelpersönlichkeit¹⁶⁴. Das Grundgesetz statuiert nicht die Demokratie an sich, sondern die „freiheitliche demokratische Grundordnung“, in der Volksherrschaft und Rechtsstaatlichkeit miteinander verschmolzen sind. Wenn es deshalb auch problematisch ist, das demokratische Prinzip isoliert von den rechtsstaatlichen und föderalistischen Verfassungskomponenten zu analysieren¹⁶⁵, so bleibt doch festzuhalten, daß das liberale und nicht das demokratische Element möglicherweise „subsidiaritätshaltig“ ist.

bb) Wenn deshalb die Demokratizität des Bonner Staates auch keine Grundlage für die Geltung des Subsidiaritätsprinzips abgibt¹⁶⁶, so bleibt zu untersuchen, ob sie nicht *gegen* seine Geltung spricht. Zu diesem Ergebnis gelangt

¹⁶² So von *Marbach*, ZGesStW 107 (1951), 549 (551/552); *Ballerstedt*, GR III/1, S. 41/42; *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 323/326. Grundsätzliche Kritik an den neoliberalen Versuchen, die demokratische Staats- und die Wirtschaftsverfassung gleichzuschalten, übt *Krüger* (Staatslehre, S. 577).

Auf einer anderen Ebene als der Versuch Böhms liegen die verfassungsrechtlichen Forderungen, die demokratischen Organisationsformen — analog zur Drittwirkung der Grundrechte — auf innergesellschaftliche Verbände zu übertragen und sie in diesem Bereich verbindlich zu machen, wie die Verfassung es ausdrücklich bereits für die Parteien vorsieht (Art. 21 I 3 GG). Grundsätzlich zur Drittwirkung organisatorischer Prinzipien *Ridder* (FN 157), S. 18/20, und *Leisner*, DÖV 1961, 641 (651); zur Demokratizität der wirtschaftlichen Selbstverwaltung; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 52/55; *Ballerstedt*, GR III/1, S. 42/43; *Abendroth*, Festschrift für Bergstraesser, S. 279/300.

¹⁶³ So die Auffassung *Ballerstedts*, GR III/1, S. 41; ablehnend *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 323/326.

¹⁶⁴ Vgl. *Jürgens*, VerwArch. 53 (1962), 119/120.

¹⁶⁵ In dieser isolierenden Betrachtungsweise scheiden *Carl Schmitt* (Verfassungslehre, II. und III. Abschnitt, S. 123/359) und *Badura*, FN 163, S. 323/326) die „politischen“ von den rechtsstaatlichen Verfassungsbestandteilen.

¹⁶⁶ Die wesentlichen Einwendungen, die sich aus der Demokratizität gegen die Subsidiarität vorbringen lassen (vor allem sub specie Souveränität und Integration) sind bereits o. erörtert — s. §§ 32, 35, 37, 39.

Herzog¹⁶⁷: Das Subsidiaritätsprinzip, das die „richtige“ Größe sozialer Einheiten, damit auch des Staates, bestimmen wolle, ziehe alle hergebrachten Vorstellungen von der demokratischen Staatsexistenz in Zweifel, zu denen das Recht eines jeden Volkes zähle, seine Aufgaben frei zu wählen und im Rahmen des Völkerrechts seine Grenzen frei zu bestimmen. Die Entscheidung für eine demokratische Staatsform schließe eine En-bloc-Rezeption des Subsidiaritätsprinzips aus.

Dieser Argumentation liegt nicht das Subsidiaritätsprinzip schlechthin zugrunde, sondern eine bestimmte, nicht wesensnotwendige Ableitung, überdies eine Konsequenz, die in dieser Überspitzung nirgends vertreten wird¹⁶⁸. Obwohl die Belege Herzogs für das demokratische Prinzip („Art. 20 Abs. 1, 79 Ab. 3 usw.“) auf die *pouvoirs constitués* in der bereits geschaffenen Verfassung hinweisen, bezieht sich seine Argumentation auf den *pouvoir constituant* — dieser aber ist naturgemäß an keine positivrechtliche Norm gebunden, also auch an kein positiviertes Subsidiaritätsprinzip. Für die Frage nach der verfassungsrechtlichen Geltung des Subsidiaritätsprinzips ergibt sich also daraus nichts¹⁶⁹, noch nicht einmal die These, die verfassungsgebende Gewalt könne sich nicht selbst an das Subsidiaritätsprinzip binden. Eine solche Einschränkung der demokratischen Souveränität würde gerade nach den Prämissen Herzogs dem Recht der freien Aufgabenwahl des Staatsvolkes zuwiderlaufen¹⁷⁰. Wollte man jedoch die These aufstellen, die demokratischen Willensakte könnten schlechthin nicht an das normative Subsidiaritätsprinzip gebunden werden, so würde diese Meinung auch alle rechtsstaatlichen Bindungen der Verfassung wie die Grundrechtlichkeit und das Übermaßverbot in Frage stellen. Die rechtsstaatlich modifizierte Demokratie-Entscheidung des Grundgesetzes, die „freiheitliche demokratische Grundordnung“, läßt einen solchen Schluß nicht zu. Der Gedankengang führt somit auf die Frage, welche Vorstellungen von der Souveränität der Bonner Verfassung zugrunde liegen, zurück¹⁷¹.

Das demokratische Prinzip verhält sich also zum Subsidiaritätsprinzip indifferent.

b) Sozialstaat

Der normative Gehalt der Sozialstaatsklausel ist bereits geklärt worden¹⁷²: Sie schafft zwar den gemeinsamen Aufgabenbereich von Staat

¹⁶⁷ Der Staat 2 (1963), S. 416.

¹⁶⁸ Als Beleg führt Herzog (S. 407) einzig den Beitrag *Nell-Breunings* in der Festgabe für Degenfeld-Schonburg (S. 88) auf, in dem das Subsidiaritätsprinzip als Kriterium für die „optimale Betriebs- und Unternehmensgröße“ — aber auch eben nur dafür — aufgewiesen wird.

¹⁶⁹ Es wäre deshalb auch abwegig, in diesem Zusammenhang zu versuchen, aus Art. 19 und 118 GG (Neugliederung des Bundesgebietes) Argumente für oder gegen das Subsidiaritätsprinzip zu gewinnen, obwohl der Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit eines Landes in Art. 29 I GG aufgeführt ist. Herzog (S. 413/414) behandelt diesen Gesichtspunkt zutreffend im Rahmen des bundesstaatlichen und nicht des demokratischen Prinzips.

¹⁷⁰ Vgl. Herzog (FN 167, S. 422) — im Gegensatz zu Krüger (FN 162, S. 775), der auch eine autonome Festlegung des Staates auf das Subsidiaritätsprinzip für unzulässig hält. Dazu o. §§ 35, 36.

¹⁷¹ s. o. §§ 35, 37.

¹⁷² s. o. § 40. Dort auch die Auseinandersetzung mit den Argumenten, die aus der Sozialstaatsklausel gegen das Subsidiaritätsprinzip hergeleitet werden.

und Gesellschaft, verhält sich aber gleichgültig zur Frage, nach welchem Maßstab die Tätigkeiten aktualisiert werden sollen. Die Staatsbürgerschaft für die soziale Gerechtigkeit kann eine Ausfallbürgerschaft oder eine selbstschuldnerische sein. Die Sozialstaatsklausel bildet somit den Rahmen einer möglichen Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in einer solidarischen Ordnung, nicht aber seinen verfassungsrechtlichen Geltungsgrund¹⁷³.

Dieser Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, die sozialstaatlichen Interventionen seien in der Realität regelmäßig die Folge einer Mangellage, sie knüpften an einen Bedarf an und dieser Bedarf werde durch die Unfähigkeit zur Selbstversorgung, den Autarkieverlust, begründet. Dieses Phänomen der geschichtlichen Entwicklung liefert zwar ein Argument für eine subsidiäre Ordnung im Normativen, aber keinen Beweis. Immerhin kommt dem Argument großes Gewicht zu, da die Sozialstaatsklausel die normative Reaktion auf soziologische Entwicklungen ist und ihr Inhalt damit in starkem Umfang von den Tendenzen der Wirklichkeit geprägt ist¹⁷⁴.

Die sozialstaatlichen Phänomene determinieren die Formen, in denen sich das Subsidiaritätsprinzip verwirklichen kann. Wenn etwa das Gesetz für die sozialstaatliche Verwaltung mehr die Schranke ihres Müssens als — wie es in den klassischen Verwaltungssektoren ausschließlich der Fall ist — die Schranke ihres Dürfens bezeichnet¹⁷⁵, dann muß auch das Subsidiaritätsprinzip ambivalenten Schutzcharakter erhalten: als Abwehr der Gesellschaft gegen wohlfahrtsstaatliche Expansion und als Schutz des Staates gegen ein Übermaß an sozialen Forderungen¹⁷⁶.

Der soziale Auftrag des Grundgesetzes bedeutet allerdings, daß die staatliche Verantwortung *mindestens subsidiär* verwirklicht werden muß. Ob damit nur eine mögliche oder die einzig mögliche Form bezeichnet ist, in der die staatliche Garantie der gesellschaftlichen Solidarität zu aktualisieren ist, kann nur aus den *rechtsstaatlichen Normen* beantwortet werden.

¹⁷³ Soweit das Subsidiaritätsprinzip als Ausfluß des sozialen Rechtsstaates gewürdigt wird, erscheint es regelmäßig als rechtsstaatlicher Freiheitsschutz gegenüber sozialstaatlicher Intervention, und sein Geltungsgrund wird im Rechtsstaat gesehen. So leitet etwa *H. J. Wolff* (Verwaltungsrecht III, § 138 II b, c) das Subsidiaritätsprinzip aus dem Rechtsstaat ab, erkennt in ihm aber auch den negativen Aspekt des Sozialstaats. — Allein aus der Sozialstaatsklausel sucht dagegen *Bernzen* (Diss., S. 64/67) das Subsidiaritätsprinzip abzuleiten. Zutreffend sieht *Glaser* (Diss., S. 132) nur das solidarische Moment in diesem Rechtsbereich verwirklicht.

¹⁷⁴ Dazu o. § 26.

¹⁷⁵ Diese Phänomene stellt *Menger* dar, DVBl. 1960, 301.

¹⁷⁶ Das Schutzmoment zugunsten des Staates wird besonders bei *v. Münch* hervorgehoben (JZ 1960, 304). Vgl. auch *P. Schneider*, DJT-Festschrift II, S. 278/279.

c) *Rechtsstaat*

Während die Sozialstaatsklausel ein Ziel setzt, aber darüber schweigt, auf welchem Wege es zu erreichen sei, legt die Rechtsstaatserklärung die Mittel des staatlichen Handelns fest. Nach der klassischen Definition Friedrich Julius Stahls bedeutet der Rechtsstaat „nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen“¹⁷⁷. Wenn sich der Rechtsstaat in dieser formal-instrumentalen Eigenschaft erschöpfte, so stünde es dem Gesetzgeber frei, die meisten gesellschaftlichen Tätigkeiten auf den Staat zu überführen, wenn nur den formalen Anforderungen der Berechenbarkeit genügt würde und keine grundrechtswidrigen „Eingriffe“ im Einzelfall erfolgten. Der individuellen Spontaneität könnte der Lebensraum durch legale, allgemeine Überreglementierung auf ein Minimum eingeengt werden. Der Staat könnte über eine Zentralverwaltungswirtschaft, die mit individuellen Rechtsgarantien ausgestattet wäre, die Privatwirtschaft im wesentlichen absorbieren.

Diese Möglichkeit wird einhellig verworfen¹⁷⁸ — nicht, weil punktuelle Grundrechtsgewährleistungen entgegenstünden, sondern weil das Grundgesetz in der Rechtsstaatserklärung eine *materiale* Wertentscheidung für eine *freiheitliche Ordnung* getroffen hat. Der Rechtsstaat des Grundgesetzes bezeichnet nicht nur ein System inhaltsleerer Legalität, sondern auch den Ordnungsgrund materialer Legitimität. Ihr Inhalt liegt im Rechtswert der Freiheit. Der *materiale Rechtsstaat*¹⁷⁹ bildet aber keine Alternative zum formalen. Vielmehr gehören beide notwendig zusammen: Um der Freiheit willen müssen das staatliche Handeln beschränkt und das staatliche Verfahren berechenbar gemacht werden, wird das institutionelle Gerüst von Zuständigkeitsgrenzen und Freiheitsgarantien geschaffen. Rechtsstaatlichkeit des Grundgesetzes ist Form und Legitimation zugleich.

¹⁷⁷ Philosophie des Rechtes, II/2, 3. Aufl., Heidelberg 1854, S. 138. Auf dem Stande der (polemisch gemeinten) Definition *Stahls* hält sich heute noch die Lehre *Forsthoffs*, für den der Rechtsstaat ausschließlich Technizität und Verfahren bedeutet (Bibliographie o. § 34, FN 53).

¹⁷⁸ Das Verbot „umfassender Verplanung der Sozialordnung“ im sozialen Rechtsstaat stellt *Bachof* dar, VVDStRL 12 (1954), S. 45 ff. Ähnlich *Scheuner*, VVDStRL 11 (1954), S. 16; *Torz*, DÖV 1958, 209; *Hesse*, Grundzüge, S. 85; *Stern*, DÖV 1961, 326/328.

¹⁷⁹ *Bachof* (VVDStRL 12, 1954, 39) sieht primär die materialen Elemente: „Rechtsstaat ist der auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielende Staat, und seine formalen Elemente dienen nur zur Gewährleistung dieses materialen Gehalts.“ Zum materialen Rechtsstaatsbegriff: *Hollerbach*, AöR 85 (1960), 241/267; *Scheuner*, DJT-Festschrift II, S. 247/250; *Hesse*, Festgabe f. Smend, S. 77/81; ders. (FN 178), S. 74/85; *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 146/182; *Huber*, Rechtsstaat, S. 594, 615; *Über*, Freiheit, S. 41/45.

aa) Die Verfassung stellt die Individualrechte „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ an ihren Anfang. Damit ist die Legitimation der Staatlichkeit überhaupt bestimmt. Staatlichkeit erwächst aus der Betätigung der persönlichen, der demokratischen, der föderalen Freiheit aller Bürger. Die öffentliche Gewalt wird damit durch die Freiheit der Individuen konstituiert¹⁸⁰. Der Staat tritt ihnen nicht als der „Ganz Andere“ entgegen, denn er kann nicht aus anderen Elementen bestehen als solchen, aus denen er hervorgegangen ist¹⁸¹.

Der legitimierende Ursprung der staatlichen Gewalt kennzeichnet zugleich ihre Zielsetzung: die Würde und Freiheit der menschlichen Persönlichkeit sind „zu achten und schützen“. In dieser ethischen Zielsetzung, der verfassungsrechtlichen Prägung des *Gemeinwohls*, wird auf ethischer Ebene der institutionelle Dualismus von Staat und Individuum aufgehoben und die Einheit der Rechtsgemeinschaft verwirklicht¹⁸².

Die Würde des Menschen, das Richtmaß der personalistischen Grundentscheidung, muß vor allem von den Freiheitsrechten her gedeutet werden. Die Würde des Menschen besteht wesentlich in seiner Fähigkeit, zur verantwortlichen Selbstbestimmung¹⁸³. Die Autonomie der Person bildet die Grundlage staatlicher Rechtfertigung, den (verfassungsimmanent) nicht weiter ableitbaren Ursprung der Wertordnung. Damit ist keine geschichtliche Aussage gemacht, sondern der dauernd wirkende Rechtfertigungsgrund des Staates bezeichnet, der „um des Menschen willen“ da ist. Die rechtsstaatliche Verfassung unterwirft allein die Akte der öffentlichen Gewalt dem Zwang, sich formell und materiell zu legitimieren. Das freie Individuum bedarf in seinem Wirken keiner Legitimation, da es selbstzweckhaft existiert — ohne Rücksicht auf seine „gesellschaftliche Tüchtigkeit“ oder seinen „sozialen Nutzen“. Dieser Eigenwert der menschlichen Persönlichkeit schließt nicht aus, daß sie von vorneherein

¹⁸⁰ Die wichtigsten Impulse zu dem Grundrechtsverständnis sind von der Integrationslehre ausgegangen, vgl. bes. *Smiend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 264/265, und *VVDStRL* 4 (1927), S. 44. Zu diesem ordnungskonstitutiven Moment der Freiheit s. *Hesse* (FN 179), S. 85/88; dens. (FN 178), S. 75/80, 115/118; *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, bes. S. 4.41; dens., *AöR* 92 (1967), 285 (zum Verhältnis Freiheit — Souveränität). Die Gegenposition der Freiheit als Ausgrenzung, die damit auch nicht Ordnung konstituieren kann, repräsentiert *C. Schmitt* (Verfassungslehre, S. 123/220).

¹⁸¹ Konstituierende Momente des Gemeinwohls sind die Grundrechte in ihrem institutionellen Aspekt (s. u. § 57).

¹⁸² Diese Deutung des Gemeinwohls als ethischen Zielguts deckt sich mit der Interpretation des *bonum commune* in der aristotelisch-thomasischen Tradition — s. o. § 6. — Zum Gemeinwohl als Rechts- und Staatsziel grundsätzlich: *Krüger*, Staatslehre, S. 674/758, 763/772; *Schulz-Schaeffer* (FN 179), S. 65/71.

¹⁸³ Die Würde des Menschen wird wesentlich von der Freiheit her erfaßt bei *Dürig*, G., M—D, Art. 1/Rdnr. 11—18; *Zippelius*, R., BK (Zweitbearb.), Art. 1/Rdnr. 4—6, mit Nachw. Grundsätzlich auch *BVerfGE* 5, 204 („Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung“).

auf die Gemeinschaft bezogen ist und sich nur im Rahmen der Gemeinschaftsordnung frei entfalten kann (arg. Art. 2 I GG).

Somit besteht keine fundamentale Antinomie zwischen Individualität und Staatlichkeit als Widerspiel von Einzelwohl und Gemeinwohl. Das Gemeinwohl eines Staates, der in der Freiheit seiner Bürger die Grundlage sucht, kann nicht freiheitsfeindliche Elemente enthalten. Die subjektiven Freiheitsrechte der Einzelnen werden zu Gemeinschaftswerten objektiviert, so wie die individuellen Interessen zu öffentlichen Interessen verschmelzen. Dieser Prozeß bildet keinen Vorgang quantitativer Addition, sondern qualitativer Integration der Rechte, Interessen und Werte. Die Integration von Freiheitsrechten kann nur eine „*freiheitliche Grundordnung*“ hervorbringen. Eine freiheitsgefährdende, selbstzweckhafte Staatsraison ist somit illegitim¹⁸⁴.

Eine Beschränkung der Freiheit der Einzelnen kann nur aus der freiheitlichen Gesamtordnung erfolgen. Überdies kann das Wesen des Rechtsstaates nicht primär in einer negativen, freiheitsbeschränkenden Funktion gesehen werden. Selbst im Reinen Rechtsstaat Kants bildete der „Rechtswert“ gerade einen positiven, freiheitsverwirklichenden Auftrag: zu ermöglichen, daß die Freiheit des einen neben der des anderen in geordneter Koexistenz bestehen könne¹⁸⁵. So bilden die bürgerlichrechtliche und strafrechtliche Eigentumsordnung geradezu eine notwendige Bedingung dafür, daß die grundrechtlich gewährleistete Eigentumsfreiheit überhaupt realisierbar ist¹⁸⁶. Vollends sollen die sozialstaatlichen Interventionen die Freiheitsrechte der Verfassung erst effektiv machen dadurch, daß sie die materiellen Voraussetzungen schaffen, unter denen die grundrechtlichen Chancen verwirklicht werden können.

Jedoch muß die rechtsstaatliche Verfassung der Staatstätigkeit dort eine Schranke aufrichten, wo sie die freiheitliche Selbstbestimmung der Grundrechtsträger, der sie zu dienen bestimmt ist, gefährdet. Die Freiheitlichkeit bezeichnet somit zugleich Grund und Grenze der freiheitlichen Legitimation: Die öffentliche Gewalt soll die Freiheit der Grundrechtsträger zur bestmöglichen Entfaltung bringen, darf sie aber nicht verdrängen. Wo immer also Private eine Aufgabe sachgerecht erfüllen, darf der Staat sie nicht an sich ziehen. Seine heteronomen Einwirkungen dürfen im Einzelfall das um des Gemeinwohls willen erforderliche Maß nicht überschreiten. Das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen hat den grundsätzlichen Vorrang vor staatlicher Lenkung¹⁸⁷. Daher ist die öffent-

¹⁸⁴ s. auch §§ 42, 62.

¹⁸⁵ s. o. § 10.

¹⁸⁶ Dazu grundlegend Häberle (FN 180), bes. S. 180/233.

¹⁸⁷ Grundsätzlich zum Vorrang der Freiheit als Ergebnis der personalistischen Entscheidung: Peters, Festschrift für Laun, S. 671; ders., BayVBl. 1965, 37;

liche Gewalt gegenüber dem Menschen als dem ursprünglichen Träger der Freiheit *subsidiär*. Nur soweit die freie Initiative die Forderungen des Gemeinwohls nicht erfüllt, darf die öffentliche Gewalt tätig werden.

Die staatlichen Organe haben das *bonum commune* verbindlich zu interpretieren und letztverantwortlich zu gewährleisten. Soweit die freiheitliche Ordnung spontan hervorgebracht wird, braucht die Garantie des Staates nicht aktualisiert zu werden und darf es auch nicht — der freiheitlichen Komponente des Gemeinwohls wegen. Die Subsidiarität ist also sein integraler Bestandteil, als Maß dafür, wie seine Forderungen zu verwirklichen sind, als Kompetenzregulativ von Staat und Gesellschaft.

bb) Wenn so die Ordnung auf die Freiheit bezogen ist, dann muß der Freiheit selbst ordnungsstiftende Kraft innewohnen. Die Grundrechte können nicht schlechthin als negativ abgegrenzte Außenzonen der Rechtsgemeinschaft verstanden werden. Vielmehr wirken sie als Garantien freiheitlicher Integration zum Staat hin¹⁸⁸. Sie haben wesentlich einen — im aristotelischen Sinne — politischen Bezug¹⁸⁹.

Deutlicher Ausdruck dieses politischen Bezugs ist die Garantie der Eigentumsfreiheit in Art. 14 GG: Der Gebrauch des Individualrechts soll „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“, und „nur zum Wohle der Allgemeinheit“ ist Enteignung zulässig. Die politische Ausrichtung der Freiheit, ihre soziale Bindung und ihre Grundlegung in der Menschenwürde determinieren sie inhaltlich, drängen das Willkürliche in ihr zurück¹⁹⁰. Trotzdem ist das Willkürmoment der individuellen Freiheit nicht restlos von ihrer Ordnungsfunktion absorbiert. Die rechtsstaatlich verfaßte Freiheit der Grundrechtsträger hat sich von ihrem „natürlichen“ Ursprung nicht ebenso weit entfernt wie das rechtsstaatlich verfaßte Ermessen der öffentlichen Gewalt vom Rohzustand der Souveränität.

Rumpf, Gehalt, S. 29; Bachof, VVDStRL 12 (1954), 73. Besonders klar Krüger, DÖV 1955, 597: „Die Eigenart des Grundgesetzes besteht darin, daß es nichtsdestoweniger im letzten der Autonomie des Bürgers den absoluten Vorrang zuerkennt.“

Im *formalen* Rechtsstaat äußert sich der Primat der Freiheit im Verteilungsprinzip: die Freiheitssphäre wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, sie ist prinzipiell unbegrenzt, während staatliche Eingriffsbefugnisse prinzipiell begrenzt sind (Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 126). Dieser Aspekt kommt auch im einseitigen Schutzcharakter der Grundrechte als Minimalstandard der Freiheit zum Ausdruck („Günstigkeitsprinzip“ — s. o. § 52).

¹⁸⁸ Nachw. s. o. FN 180, ferner o. §§ 32, 36.

¹⁸⁹ s. die Ausdeutung der „unpolitischen“ Weltanschauungsfreiheit o. § 36.

„Politisch“ im *aristotelischen* Sinne geht wesentlich über den verengten auf (demokratische) Machtteilhabe bezogenen Begriff, wie ihn etwa Carl Schmitt (FN 180, S. 221/359) verwendet, hinaus; auch die liberalen Freiheitselemente der Verfassung ohne demokratischen Bezug sind damit „politisch“-gemeinschaftsbezogen.

¹⁹⁰ Zur „natürlichen“ Freiheit in den Grundrechten s. u. § 57.

Wenigstens in einem vom „Wesensgehalt“ abgeschirmten Bereich müssen jene Unmittelbarkeit, Spontaneität und Unberechenbarkeit wirken können, die das eigentümlich Lebendige der Freiheit ausmachen¹⁹¹. Sie speisen den Lebensstrom einer sich vom Einzelnen her konstituierenden Gemeinschaft. Ohne sie müßte der Vorrang der Freiheit ohnmächtig bleiben.

cc) „Von unten her“ bilden sich in der Gesellschaft somit auch legitim Ordnungsvorstellungen der Sitte, der Moral, des privatautonom erzeugten Rechts, als Mittel gesellschaftlicher Selbstzucht¹⁹². Diese Normen sind sachnah und elastisch — unmittelbarer Ausdruck des objektiven Geistes. Jeder überflüssige staatliche Eingriff in diesen Prozeß bedeutet eine Beeinträchtigung der grundrechtlich gesicherten Autonomie. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Staat die Ordnung eines Lebensbereiches heteronom gesetzlich regeln darf, wenn eine autonome gesellschaftliche Regelung, etwa selbstgesetztes Recht der sach nächsten Verbände, vorhanden ist¹⁹³, stimmt im wesentlichen mit der überein, wann Bundesrecht nach Art. 72 II GG gleichlautendes Recht der Länder ablösen darf¹⁹⁴. Ein Bedürfnis ist stets gegeben, wenn das autonome Recht inhaltlich dem Gemeinwohl widerspricht, wenn etwa auf der Basis formaler Privatautonomie der wirtschaftlich Mächtigere dem Schwächeren unsachgerechte Bedingungen aufzwingt. Auch die unveränderte Rezeption von Verbandsrecht in das Gesetzesrecht kann legitim sein, wenn die Vorzüge des Gesetzes die Nachteile der heteronomen Reglementierung überwiegen. Die Vorzüge liegen vor allem in der stärkeren Garantie der Publizität, Eindeutigkeit, Allgemeinheit, Durchsetzbarkeit. Die staatliche Tätigkeit ist stets geboten, wenn unkontrollierbare gesellschaftliche Sanktionen das staatliche Monopol unwiderstehlicher Gewalt und damit die Funktionsfähigkeit des Staates überhaupt bedrohen. Ein „Absterben des Staates“ zugunsten gesellschaftlicher Kollektive kann im Zeichen der grundgesetzlichen Subsidiarität nicht gefordert werden¹⁹⁵ — schon deshalb nicht, weil die freiheitliche Ordnung die wichtigste Voraussetzung der marxistischen Utopie nicht gutheißt: die restlose Absorption des

¹⁹¹ Zu dieser Deutung der Wesensgehaltgarantie: *Leisner*, Grundrechte, S. 152/157; *Krüger*, DÖV 1955, 597 ff.; ders., Staatslehre, S. 554. Die Gegenteilentendenz, den Wesensgehalt primär von der Ordnung her zu deuten, verfolgen *Hüberle* (FN 180) und *Schulz-Schaeffer* (FN 179), S. 149/150.

Die Gefahr, die individuelle Freiheit völlig an das Willkürverbot zu binden und damit dem staatlichen Ermessen gleichzuschalten, liegt sowohl in der Drittwirkungslehre als auch in den institutionellen Grundrechtsauffassungen begründet.

¹⁹² Dazu *Krüger*, Staatslehre, S. 510/512.

¹⁹³ Beispiele aus dem Lebensmittelrecht bei *Schulze*, H., Mißbrauchs- und Verbotsprinzip im deutschen Lebensmittelgesetz, Diss. München 1967, S. 57/59.

¹⁹⁴ s. o. § 49.

¹⁹⁵ Verfehlt daher die Ausführungen von *Sax*, JZ 1959, 779/780.

Individualwillens im Kollektivwillen¹⁹⁶. Die legitime Willkür innerhalb der freien Gesellschaft wird stets das staatliche Korrektiv aus der Sicht des Gemeinwohls notwendig machen.

So wird auch das Verbot der Überreglementierung grundsätzlich nur in Grenzfällen normativ bedeutsam werden können¹⁹⁷. Anders ist die Rechtslage, wo gegenständlich abgegrenzte Bereiche der Autonomie institutionell geschützt sind, wie das bei der Familie (Art. 6 GG), der arbeitsrechtlichen Koalition (Art. 9 III GG) oder der Universität (Art. 5 III GG) der Fall ist¹⁹⁸.

dd) Im sozialen Rechtsstaat wird der liberale Staatszweck des Freiheitsschutzes durch den sozialen der Garantie eines Minimums an materieller Gleichheit ergänzt. Beide Zwecke dürfen nicht antinomisch gegeneinander ausgespielt werden, wenn die Einheit der Verfassung nicht zerstört werden soll. Da der liberale Staatszweck das Maximum individueller Autonomie verlangt, der soziale zumindest die subsidiäre Intervention gebietet¹⁹⁹ und seine ontischen Grundlagen die Voraussetzungen einer subsidiären Ordnung aufweisen²⁰⁰, kann das Subsidiaritätsprinzip den normativen Ausgleich zwischen beiden Zielsetzungen herstellen und ein grundsätzliches Spannungsverhältnis verhindern²⁰¹.

¹⁹⁶ Dazu Schröder, F.-C., Jahrbuch f. Ostrecht, 1962/I, S. 49/58.

¹⁹⁷ Skeptisch zur normativen Beschränkbarkeit des Gesetzgebers: Krüger (FN 192), Schulze (FN 193) und Lerche, Übermaß, S. 198. — Dagegen ist nach Geiger (Schränken, S. 9) jedes überflüssige Gesetz als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip verfassungswidrig. Ähnlich Nipperdey, Lehrbuch II, § 3 IV: Jahrreiß, Größe, S. 64.

¹⁹⁸ Dazu u. § 57.

¹⁹⁹ s. o. §§ 40, 55.

²⁰⁰ s. o. § 26.

²⁰¹ Das Subsidiaritätsprinzip wird ausdrücklich als Norm des sozialen Rechtsstaates anerkannt von: Ballerstedt, GR III/1, S. 39, 55, 57; Benda, Herrschaft, S. 177/178; Constantinesco, Annales Universitatis Saraviensis, VIII (1960), S. 124; Depenbrock, Die Stellung der Kommunen, S. 62/74; Dürig, JZ 1953, 198; Fischerhof, DÖV 1960, 44; Gass, DÖV 1960, 781; Huber, DÖV 1956, 97; Kollmar, Lenkung, S. 162; Menger, Begriff, S. 28; dems., Lehrbuch, 1960, 299; v. Münch, JZ 1960, 304; Nipperdey, Lehrbuch, § 3 IV; Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 27/Rdz. 95; Schneider, P., DJT-Festschrift II, S. 278/279; Stern, DÖV 1961, 328; Wolff, Verwaltungsrecht, §§ 2 III c, 11 II b, 138 II; Brenner, BB 1962, 727/728; Peters, Verwaltung, S. 8/9; Lepsien, W., Prinzipien der Leistungsverwaltung, Diss. Münster 1961, S. 67/85.

Implizit wird das Subsidiaritätsprinzip als Regulativ des sozialen Rechtsstaates aufgewiesen bei: Bachof (FN 178), S. 45 ff.; Fechner, Freiheit, S. 16/17; Fritz von Hippel, Aufbau und Sinnwandel, S. 55; Krüger, Rundfunk, S. 20/21, und Massenmedien, S. 30 (das Subsidiaritätsprinzip wird zwar ausdrücklich abgelehnt, aber sachlich bejaht — als Fall einer propositio verbo contraria); Wieacker, Sozialmodell, S. 24/25.

Ablehnend: Scheuner, VVDStRL 11 (1954), 38; Zacher, Freiheit, S. 82/83 (Subsidiaritätsprinzip nur Optimum, nicht Norm des sozialen Rechtsstaates); Zeidler, VVDStRL 19 (1961), 208; Leisner, Grundrechte, S. 199 (praktisches

Der Sozialstaat will nicht die rechtliche Freiheit aufheben, sondern nur die menschenwürdige Aktualisierung der Freiheit ermöglichen. Auch der Sozialstaat folgt der personalistischen Grundentscheidung der Verfassung. Er gibt aber der Freiheit ein inhaltliches Telos, so daß die Alternative des Sozialstaates sich darauf verengt, ob die Bürger freiwillig die sozialen Aufgaben bewältigen oder erst durch staatliche Intervention dazu gezwungen werden müssen²⁰². Der Vorrang kommt der Freiwilligkeit zu. Der Primat der (sozialverpflichteten) Freiheit stellt so die normative Einheit des „sozialen Rechtsstaates“ her.

Die Rechtsstaatserklärung besitzt ohnedies die stärkere normative Kraft, da sie „in der Ordnung des Grundgesetzes der primäre mit allen Rechtsgarantien ausgestattete Wert“ (Forsthoff)²⁰³ ist. Der Sozialstaat, der sich nicht zu institutionellen Rechtssätzen verdichtet hat, kann deshalb nur in den Formen des Rechtsstaats verwirklicht werden²⁰⁴.

Subsidiäre Sozialstaatlichkeit bedeutet folglich, daß der soziale Ausgleich primär durch gesellschaftliche Selbstregulierung erfolgt, daß erst, wo dieser Ausgleich versagt, der Staat, lenkend oder selbst produzierend, tätig werden darf.

Gerade im Zeichen des Sozialstaates erweist sich der Aktionsvorrang der Privaten nicht nur als Begünstigung der Einzelnen, sondern auch als eine Last: Das Subsidiaritätsprinzip erzwingt, daß die für den Bürger bequeme Lösung staatlicher Subvention grundsätzlich unzulässig ist, wo Selbsthilfe möglich ist²⁰⁵, denn das Leitbild ist die eigenverantwortliche mündige Persönlichkeit, deren Initiativfreudigkeit gefördert werden muß und die nicht zur Rentnermentalität korrumpiert werden darf, wenn der Sozialstaat nicht die Quelle seiner eigenen Leistungskraft versiegen lassen will. Der Sozialstaat, der zugleich Steuerstaat ist, hängt notwendig von den Leistungen seiner (Steuer-)Bürger ab.

Scheitern des Rückgriffs auf das Subsidiaritätsprinzip); Glaser, Diss., S. 105/132; Lerche, Verfassungsfragen, S. 26/28; Scholz, Wesen, S. 49; Ule, Gutachten, S. 27/29; Rüfner, Formen, S. 212; Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 24; Schricker, Tätigkeit, S. 78, 95; Reissmüller, Diss., S. 52/57; Zuck, R., BB 1965, 595; LG Hannover, Urt. v. 10. 5. 1962, BB 1962, 733; BayVerfGH 8, 1 (10: zur BV).

²⁰² Dazu o. § 40 mit Nachw.

²⁰³ VVDStRL 12 (1954), S. 34, Leits. IV.

²⁰⁴ Vgl. Forsthoff (FN 203); Hesse, Grundzüge, S. 84/85; Rumpf (FN 187); Werner Weber, Der Staat 4 (1965), 437.

²⁰⁵ Zur Schrankenfunktion der Subsidiarität im Sozialstaat vgl.: Achinger-Höffner-Muthesius-Neundörfer, Denkschrift, S. 22/30 (genau abstufend); v. Münch, JZ 1960, 304; Schneider, P. (FN 201), S. 278/279; Wolff (FN 201), § 138 II; Ipsen, VVDStRL 25 (1967), S. 293, 436, 437 (Schranke für Subventionen); BVerwGE 20, 149 (153: Primat der Eigenhilfe).

Das Subsidiaritätsprinzip ist in § 5/1 des Entwurfes eines österreichischen Bundesgesetzes „betr. Bundesförderungen“ als Voraussetzung der Subventionierung aufgeführt (Wortlaut s. u. § 61, FN 18).

Auf der anderen Seite kann das Leitbild subsidiärer Sozialstaatlichkeit auch eine staatliche Subvention begründen, als Hilfe zur Eigenständigkeit, als Schonung gesellschaftlicher Substanz, als Anregung der Privatinitiative. Damit begründet die Sozialstaatsklausel zwar keine subjektiven Rechte, wohl aber schafft sie einen objektiv rechtlichen Titel, eine materiale Legitimation in einem öffentlichen Zweck²⁰⁶.

ee) Das rechtsstaatliche Subsidiaritätsprinzip wird seinem Inhalt nach weithin mit der Regel des § 67 I DGO gleichgesetzt²⁰⁷. Diese Gleichsetzung muß schon deshalb Mißverständnisse auslösen, weil die Formeln des Gemeindewirtschaftsrechts sich als sinnvariabel erwiesen haben und auf die Besonderheiten der Kommunalstätigkeiten zugeschnitten sind. Im Zusammenhang des Subsidiaritätsprinzips stehen überhaupt nur die personalistisch ausgedeuteten Tatbestandselemente des „öffentlichen Zwecks“ und des Fehlens gleichwertiger Konkurrenz²⁰⁸. Der materiale Gehalt der kommunalwirtschaftlichen „Zweck“-Bindung liegt darin, daß „hausinterne“ Verwaltungszwecke, wie das Erwerbsstreben oder die auf Effizienz abzielende Staatsraison²⁰⁹, keine Rechtfertigungsgründe für das Expansionsstreben der öffentlichen Hand bieten, und zwar noch nicht einmal dann, wenn *mittelbar* legitime öffentliche Aufgaben gefördert werden sollen, wenn z. B. die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nur ökonomische Grundlagen für die echten, etwa sozialpolitischen Verwaltungsfunktionen erschließen soll²¹⁰. In dieser Konkretisierung des Gemein-

²⁰⁶ Hier zeigt sich die Funktion der sozialen Staatszielbestimmung: als Moment der Solidarität („positiven Subsidiarität“), als Bedingung einer Funktionssperre. s. o. § 55.

²⁰⁷ Zum Wesen des § 67 DGO und seiner Beziehung zum Subsidiaritätsprinzip s. o. § 15. — Dem Grundgedanken des § 67 DGO wird (zumeist über Art. 2 I GG) Verfassungsrang zuerkannt von *Becker*, VVDStRL 19 (1960), 249/250 (zum öffentlichen Zweck); *Dürig*, in: Maunz-Dürig, Art. 2 I/Rdnr. 52; 19 III/Rdnr. 48; ders., BayVBl. 1959, 203; *Frentzel*, Betrachtungen, S. 32/34; *Ipsen*, NJW 1963, 2054, 2103; *Jacobs*, A. v., Der öff.-rechtl. Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, Münster 1963, S. 59/64; *Löffler*, BB 1956, 730; *Nipperdey*, Marktwirtschaft, S. 26.

Die über das Kommunalrecht hinaus reichende Geltung, vor allem der Verfassungsrang des § 67 DGO werden abgelehnt von: *Bachof*, Verbot, S. 15/16; *Hamann*, NJW 1957, 1424, Anm. 24; *Köttgen*, DJT-Festschrift I, S. 593/594, 600/601; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 173/175; *Lerche*, Übermaß, S. 201; dems., Verfassungsfragen, S. 56; dems., Rechtsprobleme, S. 28; *Maunz*, BayVBl. 1957, 8; *Schneider*, H., Werbung, S. 21/22; *Zacher*, Ergänzungsgutachten, S. 63 ff.; *Schricker* (FN 201).

²⁰⁸ Prototyp einer subsidiaritätsgemäßen Gesetzesfassung ist Art. 75 I 1, 3 BayGO. s. o. § 15.

²⁰⁹ Dazu §§ 42, 62.

²¹⁰ Das wäre der Fall, wo der Gewinn aus erwerbswirtschaftlicher Betätigung für kulturelle Zwecke verwendet werden sollte. Zu einem solchen Fall s. *Ipsen*, NJW 1963, 2103/2108; dagegen *Zacher*, Ergänzungsgutachten, S. 68/71.

Eine abschließende Stellungnahme zum Fiskalzweck kann nur unter Heranziehung der Art. 12 und 14 GG erfolgen — s. u. §§ 58, 59. Die Einnahmeerzielung ist eindeutig legitim nur im öffentlichen Abgabewesen.

wohls als Verwaltungsziel wird den ökonomischen und organisatorischen Bedürfnissen der Verwaltung bloß ein sekundärer Wert eingeräumt. Primärer, selbstzweckhafter Wert kommt nur den Rechten der Einzelnen zu. Allein die *unmittelbaren* Anforderungen des Gemeinwohls können eine Einbuße an Freiheit rechtfertigen. Ein entfernter, mittelbarer Bezug zum *bonum commune* darf schon deshalb nicht genügen, weil nicht sachgegebene Notwendigkeiten, sondern nur freie Entscheidungen der Staatsgewalt den Bezug herstellen und darum der Freiheitsraum nach dem Belieben der Verwaltung verengt und begrenzt werden könnte. Das Postulat, daß nur unmittelbare Erfordernisse des *bonum commune* die Entfaltungsfreiheit begrenzen, folgt für das Verfassungsrecht aus der personalistischen Vorrangentscheidung für den Primat der Freiheit vor jeglicher Staatsraison, die bloß als Mittel zur Entfaltung der freiheitlichen Ordnung legitim ist.

ff) Das rechtsstaatliche Subsidiaritätsprinzip in seiner allgemeinsten Form wirkt sich auf drei Stufen normativ aus:

α) Es muß ein das Gemeinwohl konkretisierender *öffentlicher Zweck* vorliegen, der eine Verkürzung des Entfaltungsraumes der Grundrechtsträger und eine Einbuße an individueller Freiheit rechtfertigen kann. Auf der ersten Stufe wird eine notwendige Voraussetzung der Anwendung des Subsidiaritätsregulativs geschaffen. Diese ist etwa erfüllt, wenn sozialpolitische Maßnahmen die Leistungsfähigkeit der schwächeren Glieder der Gesellschaft wiederherstellen sollen.

Die Bindung an den öffentlichen Zweck hebt das Ermessen der Staatsorgane nicht auf, sondern konstituiert es gerade durch ein positives Leitbild, einen „Programmsatz“, als materiale Legitimation²¹¹. Sie begrenzt das Ermessen auch dadurch, daß nicht-öffentliche Zwecke (etwa die Staatsraison) als primäre Rechtfertigung ausscheiden.

β) Die eigentliche Aussage des Subsidiaritätsprinzips als Funktionssperre besteht darin, daß es den öffentlichen Zweck als solchen für die Rechtfertigung nicht genügen läßt:

Das Ziel muß *dem Grunde nach* eine staatliche Intervention *notwendig* machen. Wo Grundrechtsträger eine Aufgabe in gleicher Weise und in hinreichendem Umfang erfüllen, bedarf es der staatlichen Initiative nicht, es sei denn, daß die öffentliche Hand die aus der Sicht des Gemeinwohls bessere Lösung anbietet, die Private auch nach staatlicher Anregung

²¹¹ Nachw. zum „Ermessen“ s. §§ 47, 63. — Zur Notwendigkeit materialer Legitimation s. o. § 42. Wenn der ursprünglich subsidiaritätsgerechte Grund einer Intervention nachträglich wegfällt, bleibt die Maßnahme selbst bestehen (s. o. FN 36 zum Satz „*Cessante ratione legis*“). Das Prinzip kann nicht rechtlich verhindern, daß Vernunft Unsinn, Wohltat Plage wird; es enthält nur das rechtsethische Gebot, den Umfang staatlicher Wirksamkeit ständig neu prinzipiengerecht zu bestimmen.

nicht erzielen könnten, weil ihnen die institutionellen, wirtschaftlichen oder intellektuellen Fähigkeiten dazu fehlen. Zwar ist etwa die Sicherstellung der Ernährung ein legitimer öffentlicher Zweck (arg. Art. 74/17 GG); er rechtfertigt aber die Gründung staatlicher Bäckereien solange nicht, wie die Privatunternehmen quantitativ und qualitativ hinreichend diesen Zweck erfüllen. Eine lediglich hypothetische Gefahr kann die Intervention nicht rechtfertigen. Es muß also ein *Bedürfnis* für den staatlichen Eingriff nachgewiesen werden. Die Beweislast für die sachbedingte Notwendigkeit fällt dem Staat zu. Darin liegt der eigentliche — und der einzige — Sinn des Satzes „*in dubio pro libertate*“²¹². Die Verfassung wird vom grundsätzlichen Mißtrauen gegen den Staat und vom grundsätzlichen Vertrauen in die freie Persönlichkeit getragen. Nicht die Freiheit braucht sich daher zu rechtfertigen, sondern die Gewalt. Nur wo die Freiheit versagt, kann der Zwang einsetzen.

Soweit nicht Spezialvorschriften eingreifen, unterliegt auch die Frage nach dem „Bedürfnis“ dem (Beurteilungs-)Ermessen der Staatsorgane. Unmittelbare normative Sanktionen sind nur bei Ermessensfehlern gegeben. Diese liegen vor, wenn schlechthin aus dem Vorliegen eines öffentlichen Zwecks (einer „öffentlichen Aufgabe“) auf das Recht zur Verstaatlichung geschlossen wird²¹³, ohne die Möglichkeit einer gemeinwohl-

²¹² Als tatsachenbezogene Vermutung bestehen keine grundsätzlichen methodologischen Bedenken gegen den Satz „*in dubio pro libertate*“. Zu dem föderalen Seitenstück des Art. 72 II GG s. o. § 49.

In der Literatur werden auch tatsachenunabhängige, rein rechtliche Fragen der Normengeltung und der Normenkollision mit der Vermutung in Zusammenhang gebracht (s. die Übersicht bei *Carl Schmitt*, Grundrechte, S. 222/224; ferner *Schneider*, P., FN 201, S. 267/268). Zu den grundsätzlichen Einwänden gegen derartige Vermutungen s. o. § 49.

Die Vermutung „*in dubio pro libertate*“ wird anerkannt von *Peter Schneider*, VVDStRL 20 (1963), S. 31/32; dems., FN 201, S. 263/290; *Lamm-Mlitzko*, DVBl. 1964, 946/947; *Über*, Freiheit des Berufs, S. 27/28; *Klug*, U., Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstraftrechts, in „Sexualität und Verbrechen“, Frankfurt 1963, S. 33; *BVerfGE* 6, 32 (42 — zu Art. 2 I GG); skeptisch dagegen: *Engisch*, K., Einführung, S. 104 mit Nachw.; ablehnend: *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 86. Nur eine scheinbare Antinomie zu der „Vermutung für die Freiheit“ bildet die „Vermutung für die Rechtmäßigkeit von Staatsakten“, die im Institut der Rechtswirksamkeit (anfechtbar) rechtswidriger Verwaltungsakte und in prozessualen Regeln (vgl. § 15 II 4 BVerfGG) Ausdruck gefunden hat. Es geht hier nicht um die sachlichen Voraussetzungen des Handelns (wie bei der Vermutung für die Freiheit), sondern um den Rechtsbestand von vollzogenen Handlungen. Im ersten Fall geht es um einen normativen Erkenntnisakt, im zweiten um die Wahrung von Entscheidungsautorität. Die „Vermutung für die Rechtmäßigkeit“ wird bejaht von *Carl Schmitt*, DJZ 1932, Sp. 958, Anm. 1; *Maunz-Dürig*, Art. 20/63; *BFH*, BStBl. III, 1958, 140/141; *Schneider*, P. (FN 25), S. 272/273, 286; *Schulz-Schaeffer* (FN 179), S. 153 mit weit. Nachw.

²¹³ Dieser Kurzschluß findet sich in *BGHZ* 40, 355. Da private Versorgungsbetriebe eine öffentliche Aufgabe erfüllten, sei ihre Verdrängung durch ein Kommunalmonopol keine Enteignung. Da die Voraussetzung der zulässigen Enteignung der Zweck „zum Wohl der Allgemeinheit“ ist (Art. 14 III 1 GG), der

gerechten Zweckerfüllung durch Private zu prüfen. Die normative Kraft des Prinzips bewährt sich vor allem in dem Verbot, von einem Gegenprinzip auszugehen: Deshalb ist jeder gesetzgeberische (oder verfassungsgerichtliche) Freibrief an die Kommunen zur unbeschränkten Daseinsvorsorge verfassungswidrig²¹⁴. So scheiden auch alle Versuche als grundgesetzwidrig aus, der öffentlichen Hand einen Vorrang in der Wahrnehmung konkurrierender Staatsaufgaben zu verschaffen, soweit nicht spezifische Rechtfertigungsgründe den Vorrang erfordern. Das gilt gerade in den Fällen, in denen der Staat in privatrechtlicher Form tätig wird. Grundsätzlich muß der Staat das Gesetz, nach dem er angetreten ist, auch achten. Damit ist ein grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Einwand gegen alle „*Fiskusprivilegien*“ erhoben, welche die Wettbewerbslage verschieben²¹⁵. Das gilt insbesondere von steuerrechtlichen Vorzugsstellungen. Der öffentliche Zweck einer verwaltungsprivatrechtlichen Veranstaltung legitimiert eine Begünstigung dann nicht, wenn auch Private diese Tätigkeit ausüben. Andernfalls könnte durch Fiskusprivilegien die Leistungskraft der Konkurrenten zunächst so geschwächt werden, daß am Ende die öffentliche Hand den Aufgabenbereich ganz übernehmen muß, wenn sie nicht das Gemeinwohl gefährden will. Das Subsidiaritätsprinzip konkretisiert in diesem Zusammenhang das Institut des *Formenmißbrauchs*²¹⁶.

Zweck das Privateigentum allgemein verpflichtet (Art. 14 II 1 GG), wird vom BGH letztlich das Voraussetzungsmerkmal der Enteignung in ein Ausschlußmerkmal umgedeutet.

²¹⁴ Das gilt vor allem von der Entscheidung des *BayVerfGH* 10, 113. Dazu o. § 40 mit Nachw.

²¹⁵ Bei den Fiskusprivilegien ist jeweils zu untersuchen, ob sie eine Vorzugsstellung gegenüber privaten Konkurrenten verleihen und ob die Besonderheiten der öffentlichen Rechtsträger die Ausnahmen als sachgerecht im Sinne von Art. 3 I GG erscheinen lassen. Damit sind vollstreckungsrechtliche Privilegien legitim (Übersicht über Privilegien der öffentlichen Hand bei Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II).

Es müssen deshalb verfassungsrechtliche Bedenken dagegen erhoben werden, daß allein die öffentliche Rechtsform die Befreiung von der Gewerbe- und Vermögenssteuer auslöst, ohne Rücksicht darauf, ob der Sache nach wirtschaftliche Geschäftsbetriebe der öffentlichen Hand vorliegen. Vgl. § 2 III GewStG i. d. F. v. 25. 5. 1965 mit § 2 DV i. d. F. v. 30. 5. 1962; § 1 I 2 VermStG i. d. F. v. 10. 6. 1954.

Verfassungswidrig war deshalb der (inzwischen vom Gesetzgeber aufgehobene) einseitige Vorzug öffentlicher Versorgungsunternehmen gegenüber privaten durch Begünstigungen in der Kapitalverkehrs- und Umsatzsteuer, wie sie in § 13 I 2 KVStG bis zur Streichung durch das Ges. v. 25. 3. 1965 und in § 4 Nr. 5 b UStG bis zur Neufassung im 16. UStÄndG v. 26. 3. 1965 vorgesehen waren.

Mit keinem spezifisch staatlichen Auftrag zur Fürsorge können die landesgesetzlichen Auslösungsrechte gerechtfertigt werden, die Art. 94 II EGBGB v. 18. 8. 1896 einseitig den öffentlichen Pfandleihanstalten belassen hat.

²¹⁶ Das Subsidiaritätsprinzip kann unter dem Aspekt des Formenmißbrauchs auch Bedeutung für die Beurteilung von Steuergesetzen mit außerfiskalischen Ordnungszwecken gewinnen (Phänomen der „Erdrosselungssteuer“). Vgl. etwa *Friauf*, Grenzen, S. 40/46; *Bachof*, JZ 1962, 438/439.

7) Erst wenn die Ziele des staatlichen Handelns als subsidiaritätsgemäß erwiesen sind, kann das *Übermaßverbot* die Mittel nach ihrer „Notwendigkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ rechtfertigen oder ausscheiden: Wo freiwilliges Handeln genügt, ist Zwang rechtswidrig. Wo eine obrigkeitliche Regelung ausreicht, erübrigt sich konkurrierende Teilhabe. Wo durch Subvention eine vorübergehende Leistungsunfähigkeit behoben werden kann, ist Sozialisierung unzulässig²¹⁷.

Auf dieser Stufe — in der Bewertung der Mittel am vorgesehenen Zweck — vollendet sich die normative Wirkung des Subsidiaritätsprinzips. Das *Übermaßverbot* ist nicht Ermessensrichtlinie, Prinzip, sondern hat vollnormativen Charakter²¹⁸.

gg) Die Synthese des Rechts- und des Sozialstaates durch das Regulativ der Subsidiarität entspricht der Zweckordnung, wie sie Robert von Mohl im 19. Jahrhundert konzipiert hat. In der Subsidiarität des Staates tritt nicht das Ergebnis heterogener, traditionsfremder Einwirkungen hervor, sondern ein Wesenselement der Rechtsstaatlichkeit, das deutscher Überlieferung entspricht. Die Einwirkung der kirchlichen Soziallehre auf das Verfassungsrecht hat somit im wesentlichen darin bestanden, ureigenen normativen Gehalt des Rechtsstaates dem deutschen Rechtsbewußtsein wieder zugänglich zu machen!

Welche rechtstechnische Gestalt die Subsidiarität im Verfassungsrecht annimmt, hängt von der institutionellen Verwirklichung der rechtsstaatlichen Idee ab. Da der Rechtsstaat nur die Abstraktion aus einzelnen Freiheitsverbürgungen ist, müssen diese untersucht werden. Es kommen ausschließlich die Grundrechte in Frage.

d) Grundrechte

Nachdem aus der objektiven Ordnung des Rechtsstaats das Subsidiaritätsprinzip begründet worden ist, soll der Weg nun von den Rechten des Einzelnen her beschritten werden. Zunächst ist die Möglichkeit einer Berührung zwischen ihnen zu untersuchen (aa, bb); dann soll dargestellt werden, wie sich der Rechtsgedanke der Subsidiarität in den Grundrechten auswirken kann (cc).

²¹⁷ Damit wird unmittelbar kein (positiver) Leistungsanspruch auf Subventionierung, wohl aber — aus dem *Übermaßverbot* heraus — ein (negativer) Unterlassungsanspruch gegen die Sozialisierung begründet. Status negativus und status positivus liegen aber dicht nebeneinander. Zum Verhältnis *Übermaß-Subvention*: *Lerche*, *Übermaß*, S. 198 mit Nachw.

²¹⁸ s. o. § 17 mit Nachw.

aa) Grundrechte und objektiver Bereichsschutz

Die Funktionen der Grundrechte und des Subsidiaritätsprinzips scheinen keinerlei Vergleichsmöglichkeit zu bieten: Das Prinzip schränkt die öffentliche Gewalt objektiv ein; die Grundrechte schaffen dem Einzelnen subjektive Befugnisse. Auf der einen Seite werden sachliche Lebensräume, auf der anderen Seite persönliche Lebensäußerungen geschützt.

a) Einen objektiven Bereichsschutz schaffen dagegen die *Einrichtungsgarantien*²¹⁹. In ihnen werden Normenkomplexe — isoliert oder in Verbindung mit gesellschaftlichen Sachverhalten — in erster Linie als objektiver Bestand geschützt; allenfalls mittelbar werden auch individuelle Ansprüche von den Garantien erfaßt.

Die formalen Elemente der Einrichtungsgarantien sind dem Subsidiaritätsprinzip gemäß. Sie schützen einen objektiven eigengesetzlichen Lebensbereich, der selbstverwaltungsähnliche Züge aufweist. Die rechtstechnischen Seiten der „Institutsgarantie“, die auf ein privatrechtliches, und der „institutionellen Garantie“, die auf ein öffentlich-rechtliches Substrat bezogen ist, sind gleich²²⁰. Die Feststellungen, die über die wechselseitige Entsprechung des Subsidiaritätsprinzips und der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung getroffen worden sind²²¹, gelten sinngemäß auch für die Garantien des Grundrechtsteils.

Der Staat erhält auch hier eine Art von Aufsichtsfunktion; das gilt vor allem für die Rechte, die innerhalb eines institutionell gewährleisteten Bereichs mit Pflichten korrespondieren, wie es bei der familiären Pflege und Erziehung der Kinder der Fall ist (Art. 6 II GG). Der Staat übt ein Wächteramt aus, daß die Eltern ihre Pflichten sachgerecht wahrnehmen und keine „Verwahrlosung“ droht (Art. 6 III GG). Der Staat achtet aber den Primat der elterlichen Gewalt, die „zuvörderst“ handeln darf. Art. 6 II GG schafft damit das Musterbeispiel einer institutionalisierten Subsidiarität des Staates gegenüber Grundrechtsträgern²²².

²¹⁹ Dazu aus der Weimarer Literatur vor allem *Carl Schmitt*, *Freiheitsrechte*, (1931); zur Bedeutung im Grundgesetz vgl. *Scheuner*, R-St-W IV, S. 88 ff.; dens., *VVDStRL* 20 (1965), 52/62; *Geiger*, *Schranken*, S. 9; *Leisner*, *Grundrechte*, S. 152/160 (historisch: S. 90/96); v. *Mangoldt-Klein*, *Vorbem. A VI* 3; *Arndt*, 1965, 338; *Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des BGG, Berlin 1964; kritisch: *Dürig*, M—D, Art. 1 III/97—98; *Häberle*, *Wesensgehaltsgarantie*, S. 80 85, 92/95; *Schnur*, *VVDStRL* 22 (1965), S. 116/120.

²²⁰ Kritisch aber *Carl Schmitt* (FN 219), S. 173 (Nachwort von 1957).

²²¹ s. o. § 51.

²²² Die Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 6 I GG ist sogar vom *BVerfG* bejaht worden, E 10, 59 (83/85). Ähnlich *BGHSt* 13, 197 (202).

Im Ergebnis gleich: *Barion*, *Der Staat* 3 (1964), 15; *Denecke*, J., *Mutterschutz und Jugendschutz*, GR III/1, S. 481, 489; *Dürig*, *JZ* 1953, 193; *Hamann*, GG, Art. 6 B 5; *Peters*, GR IV/1, S. 370/371, 373/374; ders., *AfK* 6 (1967), S. 9; *von der Heydte*, *Vorrang*, S. 60; *Glaser*, *Diss.*, S. 89/91; *Schütz*, *Diss.*, S. 100/110; *Süster-*

Der Gesetzgeber stößt in den institutionellen Garantien auf einen autonomen Eigenbereich, in den er kraft seiner Regelungskompetenz nur unter bestimmten Voraussetzungen und bis zu einer gewissen Tiefe eindringen darf²²³. Die autonome Selbstregulierung genießt den Vorrang vor heteronomer staatlicher Reglementierung. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich unter Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips aus Art. 6 II, III GG gefolgert, der Gesetzgeber dürfe grundsätzlich nicht in den freien Ablauf der ehelichen Entscheidungsbildung eingreifen²²⁴.

Schutzzonen der Autonomie lassen sich auch für das freie Vereinswesen (Art. 9 I GG) abstecken, dessen Satzungsfreiheit nicht staatlicher Überreglementierung zum Opfer fallen darf, oder für die Universitäten im Rahmen der Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 III GG). Die stärkste Barriere setzt die institutionell garantierte Tarifautonomie (Art. 9 III GG) der gesetzgeberischen Aktivität entgegen. Nur in Grenzfällen eines akuten Notstandes, in dem die soziale Selbstverwaltung versagt und die Lebensinteressen der Gesamtbevölkerung gefährdet sind, kann eine staatliche Reservekompetenz (etwa über eine Zwangsschlichtung) aktualisiert werden. Staatliche Wirtschaftspolitik und Lohnplanung schaffen keine Interventionsgründe. Das Subsidiaritätsprinzip ist hier in stärkstem Maße konkretisiert: durch die strengen Anforderungen an das Ziel der Eingreifenden und an die tatsächlichen (Notstands-)Voraussetzungen²²⁵.

Der Vergleich mit der konkurrierenden Gesetzgebung liegt nahe. Allerdings kann der Staat die gewährleistete gesellschaftliche Autonomie im „Bedürfnis“-Fall nicht völlig an sich ziehen, sondern muß am *Wesensgehalt* seine Grenze finden, der nicht nur der Verhältnismäßigkeit ein Richtmaß setzt, sondern ein bestimmtes Maß an Autonomie absolut gewährleistet²²⁶. Damit ist auch der subsidiären Intervention eine unverrückbare Grenze gesetzt.

henn, Gutachten, S. 17/19; ders., Festschrift für Höffner, S. 231; *Thieme*, Subsidiarität, S. 19.

²²³ In diesem Zusammenhang geht es nur um Regelungs-, nicht um Ausgestaltungsvorbehalte. Zum Wesen der Vorbehalte *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 126/233.

²²⁴ *BVerfGE* 10, 59 (84/85).

²²⁵ Das Subsidiaritätsprinzip wird als Maß der Tarifautonomie des Art. 9 III GG bejaht von *Nipperdey*, Lehrbuch II, § 3 IV; *Biedenkopf*, K., Die Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 173/211, bes. 201/205; *Herschel*, Festschrift f. Nipperdey, II, S. 221 (passim); *Küchenhoff*, G., RdA 1959, 205.

²²⁶ So die zutreffende Lehre, daß Art. 19 II GG einen festen „Rest“-Bestand der Grundrechte absolut sichere — vgl. *Krüger*, DÖV 1955, 597 ff.; *Leisner*, Grundrechte, S. 152/157. Die vom *BVerwG* (vgl. etwa E 1, 52, 245) begründete Gegenauffassung relativiert die Garantie des Art. 19 II GG nach dem Übermaßverbot, die Lehre *Häberles* (FN 219, S. 234/238) relativiert sie nach der Güterabwägung, ähnlich *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 149/150.

β) Die moderne Theorie des Verfassungsrechts hat den Katalog der Einrichtungsgarantien, den die Weimarer Lehre angelegt hatte, erheblich erweitert²²⁷. Es besteht die Tendenz dazu, aus jedem Grundrecht eine institutionelle Garantie abzulösen²²⁸. Um einen objektivrechtlichen Schutz der grundrechtlich gesicherten Freiheiten zu erreichen und der staatlichen Gestaltungsfreiheit ein Maß zu setzen, bedarf es allerdings nicht der „Institutionalisierung“ der Grundrechte mit ihren möglicherweise gefährlichen Begleiterscheinungen (dem Verlust an innergesellschaftlicher Mobilität, der Bedrohung der Egalität, der Gefährdung der subjektiven Rechte durch quasi-korporativistische Auswirkungen der institutionellen Garantien). Wesentlich ist aber die Einsicht, daß jedes subjektive Grundrecht *auch einen objektiv-rechtlichen, einen institutionellen Aspekt aufweist*²²⁹. Als Bestandteile der staatlichen Ordnung bezeichnen die Grundrechte objektive Lebensbereiche („Presse“, „Kunst“, „Ehe“, „Beruf“), überindividuelle Freiheitsräume, die aus der Sicht der öffentlichen Gewalt als „negative Kompetenzbestimmungen“²³⁰ erscheinen müssen. Diese Kompetenzen sind zwar der staatlichen Gestaltung nicht verschlossen, wohl aber muß der Staat die Eigengesetze achten, darf vor allem die individuellen Kompetenzträger nicht verdrängen²³¹. Da die Grundrechte die Staatsgewalt legitimieren, muß sich diese an ihnen ausrichten: die Grundrechte sind damit objektive Zielbestimmungen, die das Gemeinwohl konkretisieren („Werte“). Des objektiven Zieles einer gerechten Eigentumsordnung wegen können sozialstaatliche Umverteilungsmaßnahmen in die individuellen Grundrechtspositionen eingreifen. Um das objektive Leitbild einer vielfältigen Presse zu verwirklichen, darf das Einzelgrundrecht des Pressemonopolisten beschränkt werden²³².

Die Freiheit als Ordnungselement ist daher inhaltlich determiniert. Ihr fehlt jedes Moment der Unbestimmtheit und Beliebigkeit.

²²⁷ Übersicht bei Abel (FN 219), S. 77/86.

²²⁸ Vgl. bes. Bachofs These, in den meisten Grundrechten stecke eine Bestandsgarantie (GR III/1, S. 165). Zu den Objektivierungstendenzen s. auch Marcic, Gesetzesstaat, S. 199, 328 ff.

²²⁹ Exponent dieser Sichtweise ist Häberle (FN 219), S. 70/125 und passim), unter Anknüpfung an Hauriou und Smend. Kritische Auseinandersetzungen mit dieser Lehre: Schnur, R., Rezension, DVBl. 1965, 489/491; Knies, Schranken, S. 34/50 mit weit. Nachw. zur Kritik S. 34 Anm. 44. Zu den Grundrechten als Ordnungselementen s. ferner die Arbeiten von Smend, Hesse, Ehmke (Nachw. o. §§ 32, 36, 56), Schulz-Schaeffer, Staatsform, S. 61, 149. Die einflußreichste Objektivierungstendenz ist die Lehre von den Grundrechten als „Werten“ oder gar „Wertsystem“: dazu BVerfGE 7, 198 (205, 215); Dürig, M—D, Art. 1/Rdnr. 5—14; 1 III/Rdnr. 99; ders., Festschrift für Nawiasky, bes. S. 167; Zippelius, Wertungsprobleme. Kritisch vor allem Forsthoff, Umbildung, S. 147/175; ders., Problematik.

²³⁰ So Ehmke, Wirtschaft, S. 29/30; Hesse (FN 204), S. 116.

²³¹ So Hesse (FN 204), S. 116.

²³² Zur institutionellen Garantie der Pressevielfalt: Leisner, Werbefernsehen, S. 201/206. Allgemein: Schnur mit Nachw. (FN 229, S. 491).

Die durch die Grundrechte wie durch die ganze Rechtsordnung verfaßte Freiheit ist nicht mehr das „natürliche“ Reservat eines anarchischen, vorstaatsvertraglichen Urzustandes²³³. Sie hat mit jener „natürlichen“ Freiheit nicht mehr zu tun als eine Parkanlage des 18. Jahrhunderts, in der die Naturrechtsphilosophen ihre „Natur“-Anschauung erhalten haben, mit einer unberührten, wilden Landschaft. Institutionelle Freiheit und staatliche Zuständigkeit sind durch keine qualitative Differenz mehr getrennt²³⁴; die Grundlage einer subsidiären Kompetenzordnung ist damit erwiesen.

Der Integrations-Ordo der institutionalisierten Freiheiten gleicht sich so dem scholastischen Sozial-Ordo an — allerdings zeigt er auch die gleiche Tendenz wie jener, über der harmonischen Integration zum Ganzen das Eigenrecht der Glieder im Ganzen und vor dem Ganzen zu vernachlässigen und universalistische Züge anzunehmen.

Mit der — an sich legitimen — Objektivierung der Grundrechte darf die individualistische Staatsgrundlegung nicht verdunkelt werden. Diese kommt primär in den subjektiven Grundrechten zum Ausdruck. Ihr Wesensgehalt darf sich nicht im Institutionellen, vom Rechtssubjekt abstrahierten Ordnungsmoment erschöpfen. Vielmehr muß er auch willkürliche individuelle Spontaneität gewährleisten²³⁵ — einen Rest jener „natürlichen“ Freiheit, ohne den die „Freiheit“ ihren Namen nicht verdient.

7) Die Lebensordnungen, welche die institutionelle Grundrechtsdeutung erschließt, bilden nur normative Abstraktionen, nicht gesellschaftliche Sachverhalte, wie sie in einer ständischen Ordnung verwirklicht sind²³⁶. Damit stellt sich das Problem, welche gesellschaftliche Lebenseinheit jeweils den Vorrang vor dem staatlichen Handeln beanspruchen darf. Denn die staatlichen Interventionen betreffen zumeist nicht die Gesellschaft als solche, sondern einen realen Ausschnitt aus ihr, einzelne soziale Gruppen (ungeachtet aller Fern- und Wechselwirkungen). Das gilt besonders von den sozialstaatlichen Maßnahmen, den zentralen Anwendungsformen der Subsidiarität.

Die Lebensbereiche werden erst durch die Anknüpfungspunkte der staatlichen Gesetze geschaffen, sind nicht a priori vorgegeben. Ist der Staat somit etwa frei, den Umfang der Sozialversicherungspflicht zu be-

²³³ Zur „natürlichen“ Freiheit: Häberle (FN 219), S. 92/95, 145/150 und passim (Auseinandersetzung vor allem mit der Lehre Carl Schmitts).

²³⁴ Oder es wird sogar die institutionelle Unterscheidung geleugnet: so Ehmke, Festgabe für Smend, S. 42/49. Dazu o. § 32.

²³⁵ a. A. Häberle (FN 219, S. 234/238) und Schulz-Schaeffer (FN 229, S. 149/150). Dazu näher o. § 56.

²³⁶ Dagegen beziehen sich einige der institutionellen Garantien auch auf gesellschaftliche Sachverhalte. Nachw. bei Abel (FN 219), S. 29/34.

stimmen²³⁷? Darf er nach Belieben an die Abhängigkeit der Arbeit anknüpfen, an den „Stand“ als Arbeiter oder Angestellter oder an die Höhe des Einkommens?

Letztlich stellen sich hier noch ungeklärte methodologische Fragen nach Grund und Umfang normativer Typisierung von Sachverhalten. Das gesetzliche Ermessen wird auf Anknüpfungspunkte in der Lebenswirklichkeit verwiesen, auf die „Natur der Sache“. Das Subsidiaritätsprinzip fordert nur, daß an konkrete Bedürfnisse angeknüpft und der Substanzverlust an Autonomie gegen den Gewinn an oktroyierter „sozialer Sicherheit“ abgewogen werde. Die Unfähigkeit einer Minderheit der Bevölkerung zur Eigenhilfe rechtfertigt niemals die Ausdehnung der Zwangsversicherung auf die gesamte Bevölkerung²³⁸. Die Abgrenzungsschwierigkeiten im einzelnen können aber aus der Sicht des Prinzips nicht gelöst werden²³⁹, sondern nur aus dem Ganzen der verfassungsmäßigen Ordnung, die das staatliche Ermessen konstituiert.

bb) Grundrechte und Konkurrenzschutz gegen die öffentliche Hand

Wenn auch der Geltungsbereich des Subsidiaritätsprinzips durch die konkurrierenden Staatsaufgaben abgesteckt wird²⁴⁰, ist die normative Bedeutung besonders dort gegeben, wo die Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln erfüllt werden²⁴¹. In weitem Umfange ergeben sich daher keine Berührungsmöglichkeiten zwischen Subsidiaritätsprinzip und

²³⁷ Zum Subsidiaritätsprinzip als Richtmaß des Sozialrechts s. *Wannagat, G.*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts I, Tübingen 1965, S. 177/181; *Meyer-Maly, Th.*, Soziale Sicherheit und Subsidiarität, Festschrift für Messner, Innsbruck 1961, S. 298/315; *Achinger-Höffner-Muthesius-Neundörfer*, Denkschrift, S. 21/30.

²³⁸ Schwieriger, aus der Sicht der Subsidiarität allein nicht mehr beantwortbar ist die Frage, ob die Sozialversicherungspflicht auch auf einzelne finanzstarke „Lebenskreise“ ausgedehnt werden darf, die an sich nicht bedürftig sind, deren Heranziehung aber den ökonomischen Ausgleich innerhalb des Kreises der Versicherungsnehmer fördern soll. Hier kann die Rechtfertigung nicht aus der sozialstaatlichen Ausgleichspflicht erfolgen: denn diese trifft alle Bürger (rechtfertigt damit Staatszuschüsse zur Sozialversicherung). Vielmehr erheben sich Bedenken aus dem Gleichheitssatz und dem Gedanken des Formenmißbrauchs (Beitragspflicht als Sondersteuer).

Ein analoges Typisierungsproblem stellt sich in *BVerfGE* 21, 245/261: Einbeziehung leitender Angestellter in das staatliche Arbeitsvermittlungsmonopol. Ferner tritt die Frage nach Grund und Grenze der Typisierung auf im Zusammenhang mit der Bestimmung des für Art. 12 I GG maßgeblichen Berufsbildes.

²³⁹ Eine andere Frage ist die, ob innerhalb eines sachgerecht abgegrenzten Lebenskreises eine individuelle Bedürfnisprüfung geboten ist.

²⁴⁰ s. o. § 34.

²⁴¹ Nur halb richtig also die Meinung *Herzogs* (*Der Staat* 2, 1963, 43), die Geltung des Subsidiaritätsprinzips hänge davon ab, ob die Grundrechte gegen Konkurrenz schützen.

Grundrechten, wenn diese nur Schutz gegen obrigkeitliche Eingriffe, nicht aber gegen staatliche Konkurrenz bieten²⁴².

a) Die Antwort ist bereits mit der Feststellung vorweggenommen, daß auch die Leistungsverwaltung und das Fiskalhandeln den Grundrechten unterliegen²⁴³, denn hier handelt der Staat gerade mit den Mitteln, wie sie jedem Privaten zur Verfügung stehen.

Auch „schlichte“, privatrechtliche Tätigkeit des Staates ist Einsatz öffentlicher Gewalt und damit eine mögliche Bedrohung der Freiheit — und eine sogar gefährlichere, weil die öffentliche Gewalt in ihren „schlichten“ Formen beweglicher, anpassungsfähiger und verborgener ihre Ziele verfolgen kann, als sie im Zwangsverfahren vorzugehen vermag. Wenn die Grundrechte nicht Schutz gegen Konkurrenz böten, so klaffte eine Lücke in den Freiheitsgarantien:

Während etwa im Wege des Eingriffs jedes noch so geringe Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit nur unter den Enteignungsvoraussetzungen auferlegt werden darf, könnte der Staat, sollte man den Grundrechtsschutz auf der Konkurrenzebene ablehnen, jedes private Unternehmen durch abwerbende Konkurrenz ruinieren und sich so Vermögensvorteile verschaffen, ohne Entschädigung leisten zu müssen. Das gilt auch dann, wenn der Staat verwaltungsprivatrechtlich „zum Wohle der Allgemeinheit“ handelt — denn gerade hier fordert Art. 14 III 1 GG die Kompensation zugunsten dessen, dem ein Sonderopfer abgenötigt wird. Bei der fiskalischen Konkurrenz fehlt bereits die Ausrichtung am öffentlichen Zweck.

β) Gegen den grundrechtlichen Konkurrenzschutz läßt sich der Einwand erheben, bei den gewaltlosen Staatsakten fehle es an einem klar erkennbaren Adressaten, eine Verletzung, die in einer Rechtseinbuße bestehe, sei nur selten nachzuweisen.

²⁴² Der Grundrechtsschutz gegen staatliche Konkurrenz wird abgelehnt von *Bettermann*, DVBl. 1963, 42; *dems.* (FN 201), S. 11/13, 18; *Forsthoff*, DÖV 1957, 99; *Fröhler*, Werbefernsehen, S. 23; *Haas*, System, S. 33; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), 42; *Lerche*, Rechtsprobleme, S. 33/34; *Maunz*, BayVbl. 1957, 8; *Schneider*, H., Werbung, S. 19/20; *BayVGH* n.F. 14, 24; *BGHZ* 40, 355 (362/367). — *BVerwGE* 17, 306/315 sieht die Grenze staatlicher Konkurrenz im Vernichtungswettbewerb: Den öffentlichen Betrieben dürfte wegen Art. 15 GG durch Einräumung nicht unbedingt gebotener besonderer Vorteile keine so starke Stellung verschafft werden, daß die privaten Konkurrenten unterliegen müßten. Hier zeigt sich die Inkonsequenz der Auffassung, die den Konkurrenzschutz auf den Vernichtungswettbewerb reduziert. Wo liegt die Grenze zwischen erlaubter Verdrängung eines Wettbewerbers, die eine Chance und ein Risiko jeder Marktwirtschaft ist, und der Erdrosselung: in wirtschaftstechnischen Mißbrauchskategorien?, in den Absichten der öffentlichen Hand? Die Wettbewerbsfreiheit läßt sich gegenüber der übergeordneten Gewalt nicht auf das Recht zum Überleben reduzieren.

Eine Übersicht über die grundsätzlichen Stellungnahmen zur Grundrechtsgeltung für den Staat außerhalb des Einsatzes öffentlicher Gewalt s. o. § 44.

²⁴³ s. o. § 44. Vgl. auch *Leisner*, Werbefernsehen, S. 160.

Eine wirtschaftliche Rechtsminderung ist allerdings nur bei Vermögensverlusten durch enteignungsgleichen Eingriff möglich; gerade bei diesem Rechtsinstitut wird aber heute allgemein nicht auf die Zielrichtung des Verwaltungshandelns abgestellt, sondern auf die effektive Vermögenseinbuße des „Betroffenen“, der auch das Opfer einer unbeabsichtigten schädlichen Nebenwirkung der Verwaltungsmaßnahme sein kann²⁴⁴. Die Minderung eines materialisierten Rechtsbestandes kann das Kriterium für die Kompensation nach Art. 14 III GG darstellen, dagegen bildet sie keinen Maßstab für die Frage, ob ein Freiheitsrecht verletzt sei. Der Freiheitsschutz kann nicht davon abhängen, in welchem Maße der einzelne Grundrechtsträger seine Freiheit aktuell ausübt; es kommt wegen der Unverzichtbarkeit der Grundrechte noch nicht einmal darauf an, in welchem Umfange er sie aktuell ausüben *will*. Die grundrechtliche Freiheit ist *wesenhaft Chance, Virtualität*. Darin liegt ein wichtiger Unterschied zur institutionellen Garantie, wie sie seit Carl Schmitt erfaßt wird: Die institutionelle Garantie knüpft an Bestehendes an, leistet damit Besitz- und Bestandsschutz²⁴⁵. Die Freiheitsrechte öffnen sich dagegen neuen Möglichkeiten²⁴⁶. Jede Verkürzung dieser Möglichkeiten beschränkt das Grundrecht. So ist die Freizügigkeit eines Staatsbürgers auch dann beeinträchtigt, wenn an ihn ein Aufenthaltsverbot für bestimmte Teile des Bundesgebietes ergeht, die er gegenwärtig nicht besuchen will. Ebenso muß jede Veranstaltung des Staates im gesellschaftlichen Bereich den Entfaltungsraum der Grundrechtsträger einengen. Eine Tätigkeit der öffentlichen Hand, die an sich freier Berufsausübung zugänglich ist, beschränkt nicht nur das Grundrecht der gegenwärtigen Unternehmer, sondern auch das Grundrecht der Personen, die erst in der Zukunft den Beruf ergreifen wollen.

Deshalb muß jede Intervention der öffentlichen Hand in den Bereich grundrechtlich gesicherter Chancen an den Grundrechten gemessen werden können. Die Deutung der Grundrechte als subjektive Chancenfreiheit kommt damit zu den gleichen Ergebnissen wie die „institutionelle“ Deutung als objektive Freiheitsräume.

7) Damit ist das Urteil über die Zulässigkeit der *Fiskaltätigkeit* außerhalb des Naturschutzparkes vorkonstitutioneller Unternehmen gespro-

²⁴⁴ Dazu Gallwas, BayVBl. 1965, 40/45.

²⁴⁵ Vgl. bes. Carl Schmitt, Freiheitsrechte, S. 155.

²⁴⁶ Das BVerwG (E 17, 306, 311/312) lehnt es ab, den Grundsatz der Chancengleichheit als Sperre staatswirtschaftlicher Konkurrenz anzuerkennen, obwohl dem traditionellen Gleichheitssatz heute die Tendenz eigen sei, sich auf die Gleichheit der Chancen auszudehnen, wie die Anerkennung der Chancengleichheit im Prüfungswesen beweise. Die Entwicklung sei aber noch nicht weit genug fortgeschritten, daß die Gerichte daraus allgemeine Schlüsse ziehen dürften. Das BVerwG übersieht, daß es hier nicht um *Gleichheit*, sondern um die *Freiheit* der Chancen geht. Die Gleichheit kann nur bei gewährenden Maßnahmen der Verwaltung (Subventionen) beeinträchtigt werden.

chen²⁴⁷. Da das Ziel jenseits der verfassungsmäßigen öffentlichen Zwecke liegt, verletzt sie die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit; soweit sie Vermögenseinbußen bei den Konkurrenten herbeiführt, wirkt sie als Enteignung und ist — auch bei Wahrung der Formerfordernisse der Art. 14 III GG — unzulässig, weil das „Wohl der Allgemeinheit“ den Eingriff nicht erfordert²⁴⁸.

Steckt im Subsidiaritätsprinzip nicht sogar ein „Anruf zur Privatisierung“²⁴⁹ der bestehenden Fiskalunternehmen? Das Subsidiaritätsprinzip liefert zwar dem staatlichen Ermessen einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Auflösung der staatswirtschaftlichen Relikte²⁵⁰; es bestehen aber Bedenken, ein verfassungsrechtliches Gebot aus dem allgemeinen Grundsatz abzuleiten. Es kann (auch im Hinblick auf das Gemeinwohl) sachgerecht sein, das Fiskalvermögen zu erhalten, da es jederzeit öffentlichen Zwecken dienstbar gemacht werden und vom Finanz- in das Verwaltungsvermögen überführt werden kann. Die Fiskaleinrichtungen bilden potentielle Instrumente der wirtschaftslenkenden Intervention. Das Grundvermögen schafft eine Reserve für den öffentlichen Landbedarf (und sei es nur als Tauschobjekt im Enteignungsverfahren). Diese Gründe rechtfertigen zwar nicht, die vorkonstitutionelle Fiskalzone generell auszudehnen. Wohl aber genügen sie, um den status quo des Fiskalvermögens aufrechtzuerhalten^{250a}.

cc) Bedeutung des Prinzips für die Auslegung der Grundrechte
Einzelprobleme: Vereinsfreiheit, weltanschauliche Neutralität

a) Dem Subsidiaritätsprinzip kommt solange eigenständige normative Bedeutung außerhalb der Grundrechte zu, wie der Grundrechtsschutz auf den obrigkeitlichen „Eingriff“ in individuelle Rechtspositionen beschränkt wird. Diese Voraussetzung entfällt, wenn keine grundrechtsfreien Räume vorhanden sind, in denen das Bedürfnis nach außergrundrechtlichen Schutzbestimmungen entsteht²⁵¹.

Der ganze staats-gesellschaftliche Lebensraum ist grundrechtsdurchwirkt, wenn

²⁴⁷ Dazu auch o. §§ 41, 42.

²⁴⁸ Vgl. Nachw. bei Hamann, GG, Art. 14/B 9. s. a. §§ 41, 42.

²⁴⁹ So Dürig, M—D, Art. 2 I/Rdnr. 52.

²⁵⁰ Vgl. BVerfGE 12, 354 (364): zur Sozialstaatlichkeit als Legitimation. Ähnlich Ipsen, NJW 1963, 2108 (Gebot im Rahmen des Ermessens). Ablehnend Ehmke, Wirtschaft, S. 60/61; Rübner, Formen, S. 212; Schricker (FN 201), S. 83.

^{250a} Ein Rechtsgebot zur Privatisierung ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt, daß der ursprüngliche öffentliche Zweck später weggefallen ist — s. o. FN 36, 211.

²⁵¹ Solche grundrechtsfreien Räume sieht W. Weber gegenüber sozialstaatlichen Aktivitäten (Der Staat 4, 1965, 438/439).

- in den Grundrechten auch objektive Ordnungsbereiche erkannt werden²⁵²,
- die staatliche Bindung nicht ausschließlich negativ von den Beschränkungsmöglichkeiten, sondern positiv von den Schutzgütern der Grundrechte her bestimmt wird²⁵³,
- die öffentliche Gewalt in allen ihren Erscheinungsformen — auch den schlicht-hoheitlichen und privatrechtlichen — grundrechtsverpflichtet ist²⁵⁴.

Unter diesen Bedingungen erfassen die Grundrechte den gesamten Geltungsbereich der Subsidiarität. Sie bilden die institutionelle Verwirklichung des objektiven rechtsstaatlichen Prinzips. Das Subsidiaritätsprinzip kann daher nicht *neben*, sondern nur *in* den Grundrechten normative Wirkung erlangen.

Dem Grundsatz des Vorrangs der unterstaatlichen Rechtsträger kommt neben den Einzelgrundrechten nicht mehr — aber auch keineswegs weniger — Bedeutung zu als dem Grundsatz der Gewaltenteilung neben den konkreten Zuständigkeitsbestimmungen des Organisationsrechts: Das Prinzip ersetzt seine normativen Verdichtungen nicht, es kann sie nicht modifizieren, aber es macht einen Sinnzusammenhang deutlich, der in den Einzelregelungen die Einheit der Rechtsordnung sichtbar macht. In dieser einheitsstiftenden Funktion kann das Prinzip dort Richtmaß der Auslegung sein, wo Auslegungsbedürftigkeit vorhanden ist²⁵⁵.

Die Grenzen seiner normativen Wirkung ergeben sich aus seinem Inhalt und seiner Abstraktionshöhe. Die Grundrechte lassen sich nicht aus der Subsidiaritätsmaxime allein erfassen. In ihnen hat sich eine Vielzahl von Prinzipien vergegenständlicht. Nur soweit überhaupt der Vorrang im Handeln bei der Wahrnehmung konkurrierender Kompetenzen in Frage steht²⁵⁶, kann die Subsidiarität Aufschlüsse geben.

Die Vorrangentscheidung ist in vielen Grundrechten viel schärfer und nuancierter erfaßt als in dem Prinzip, so daß bei ihrer Auslegung der Rückgriff auf den allgemeinen Ordnungsgedanken überflüssig ist. Er könnte sogar gefährlich sein, wenn er dazu beitrüge, das hochtechnisierte, ausgewogene Inhalt-Schranken-System der Einzelgrundrechte aufzulösen. Das gilt etwa gegenüber der Berufswahlfreiheit des Art. 12 I GG, deren Eingriffsmöglichkeiten sachangepaßte Konkretisierungen des Sub-

²⁵² s. o. §§ 56, 57.

²⁵³ s. o. § 56.

²⁵⁴ s. o. §§ 41, 44, 58.

²⁵⁵ Als Auslegungsmaxime bejaht *Leisner* das Prinzip, DÖV 1961, 652.

²⁵⁶ So kommen als möglicher Ansatz unter den Gesetzesvorbehalten a priori die Ausgestaltungsvorbehalte nicht in Betracht, anders die Beschränkungsvorbehalte. Zu den Kategorien: *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 180, 233.

sidiaritätsprinzips sind²⁵⁷ — und zwar hinsichtlich des legitimierenden öffentlichen Zwecks, der eine genauer bestimmte Sozialwertigkeit aufzuweisen hat („überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“), hinsichtlich des Leistungsdefizits der unteren Einheit, das sich in einem bestimmten Gefährdungsgrad des Gemeinschaftsgutes zu erkennen geben muß, wie auch hinsichtlich des Übermaßverbotes, das sich in differenzierter Weise auf verschiedenen „Stufen“ auswirkt. Wenn allerdings bei der untersten „Stufe“ der Regelung auf „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ als Richtlinien des gesetzgeberischen Ermessens verwiesen wird, so erweist sich dieser Begriff gerade als der abstraktere im Vergleich zum Subsidiaritätsprinzip, das hier das Gemeinwohl näher konturiert. Eine subsidiaritätswidrige Regelung der Berufsausübung widerspricht dem Gemeinwohl und ist damit verfassungswidrig²⁵⁸. So ist eine Einschränkung des privatwirtschaftlichen Unternehmensbereichs durch eine Expansion der kommunalen Daseinsvorsorge dann eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 12 I 2 GG und des darin verkörperten Subsidiaritätsprinzips, wenn die Privatunternehmer ihre („öffentlichen“) Aufgaben angemessen erfüllen²⁵⁹.

Der Rückgriff auf den allgemeinen Vorranggrundsatz kann also nur dann selbständigen juristischen Erkenntniswert erlangen, wenn ein Einzelgrundrecht auf das Ganze der Verfassungsordnung verweist. Dieses Ganze offenbart sich gerade in den Prinzipien. So kann die richtungsweisende und ausscheidende Wirkung der Subsidiarität sich bei der Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes zeigen, der als Willkürverbot „unsachgerechte“ Unterscheidungen verbietet, also auf die Sachgerechtigkeit hinführt. Unsachgerecht im Sinne des Art. 3 I GG können schon Fiskusprivilegien sein²⁶⁰, ebenso wie Staatsinterventionen in Lebensbereiche, in denen kein Bedürfnis den Eingriff rechtfertigt²⁶¹. Vor allem vermag das Subsidiaritätsprinzip die Blankettformel der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 I GG zu konkretisieren. Diese Bestimmung bildet denn auch im Schrifttum den grundrechtlichen Ankerplatz des objektiven Subsidiaritätsprinzips, das in der Gestalt des § 67 DGO den Wesensgehalt der „Wettbewerbsfreiheit“ umschreiben soll²⁶². Der Ansatz

²⁵⁷ Art. 12 I GG (in der Deutung von BVerfGE 7, 377 ff.) wird als Erscheinungsform der Subsidiarität erkannt von: Hoffmann, DVBl. 1964, 457/465 (bes. 459); Küchenhoff, G., RdA 1960, 245/246; Mennacher, Diss., S. 24/26; Rupp, NJW 1965, 933; Schick, DÖV 1962, 933 Anm. 35.

²⁵⁸ Damit ist ein Ansatz zur Kritik gegeben an der Abwägung der vernünftigen Interessen des Gemeinwohls, wie sie BVerwGE 17, 306/315 (Feuerversicherung) vornimmt.

²⁵⁹ Damit ist die Entscheidung des BayVerfGH 10, 113 (120/125) grundgesetzwidrig, s. o. § 40.

²⁶⁰ s. o. § 56.

²⁶¹ s. o. § 57.

²⁶² So Dürig, M—D, Art. 2 I/52; und JZ 1953, 198; Nipperdey, Marktwirt-

ist richtig, wenn man von der nicht unbedenklichen Identifikation des Verfassungsprinzips mit der kommunalrechtlichen Funktionssperre²⁶³ und von der Frage, ob die Wettbewerbsfreiheit nicht aus Gründen der Rechtssystematik in den Rahmen des Art. 12 I GG einzuordnen sei, ab-
sieht.

Das Prinzip kann vor allem dazu beitragen, die Grundrechte objektiv-rechtlich dort zu verteidigen, wo ihre gesetzestechnische Fassung eine „offene Flanke“ zur Staatlichkeit hin aufweist, wie es in der Grenzzone zwischen freiem Beruf (Art. 12 I GG) und öffentlichem Dienst (Art. 33 GG) der Fall ist. Läge es in der souveränen Kompetenz-Kompetenz des Staates zu bestimmen, in welchem Umfang er die freien Berufe an den öffentlichen Dienst heran- oder in ihn überführen wollte²⁶⁴, so könnte der Grundrechtsraum beliebig verkürzt und versperrt werden. Hier setzt das Subsidiaritätsprinzip der staatlichen Dezision Schranken und schirmt das vom Gemeinwohl gerechtfertigte Maximum gesellschaftlicher Freiheit vor dem staatlichen Zugriff ab. Das Prinzip kann auch herangezogen werden, wo der Wesensgehalt (Art. 19 II GG) im Wege von Güterabwägungen erschlossen werden soll²⁶⁵.

β) Bisher wurde das Subsidiaritätsprinzip nur in der dualistischen Beziehung Staat — Grundrechtsträger untersucht. Bewirkt die Subsidiarität des Staates nicht die Gefahr, daß der sozial stärkste Grundrechtsträger einseitig begünstigt wird? Schafft der Rückzug des Staates nicht einzig den *Verbänden* Bewegungsraum, letztlich auf Kosten jener Individualfreiheit, zu deren Schutz sie erfolgen sollte²⁶⁶?

In Art. 9 I und 19 III GG haben die Kollektivgebilde grundrechtlichen Status erhalten. Im Rahmen ihrer Grundrechtszuständigkeit werden auch sie von der Subsidiarität begünstigt. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Grund, unter dem Blickwinkel des Subsidiaritätsprinzips zwischen den individuellen und den kollektiven Lebensäußerungen der Person zu unterscheiden. Der Primat der Freiheit gilt auch für die Verbände.

schaft, S. 22/26, und Lehrbuch II, S. 30/32; *Ipsen*, NJW 1963, 2055, 2107; ders., VVDStRL 25 (1967), 293, 436, 437; *Geiger*, Schranken, S. 16/18, 21; *Collmer*, Beiträge, S. 33; *Ackermann*, R., DVBl. 1965, 353.

²⁶³ s. o. § 15.

²⁶⁴ So *Herzog*, EvStL, Sp. 159. Die kritische Gegenposition repräsentieren *Hoffmann* (FN 257) und *Rupp* (FN 257). *Hoffmann* entwickelt ein subsidiaritätsgerechtes Abgrenzungsmodell.

²⁶⁵ Vgl. *Ermacora*, VVDStRL 25 (1967), S. 436, 437.

²⁶⁶ So die Einwände *Scheuners*, VVDStRL 11 (1954), 38, und *Baduras*, Verwaltungsmonopol, S. 305. — Die Vereinsfreiheit wird als Erscheinung der Subsidiarität gedeutet von: *Dürig*, JZ 1953, 198; *Menger*, Begriff, S. 28; *Peters*, AfK 6 (1967), 10/13; *Wittkämper*, Grundgesetz, S. 201. Weit. Nachw. o. Einl. vor § 49/50, FN 12. Zum staatskirchenrechtlichen Aspekt der Subsidiarität (der hier ausgeklammert wird): *Peters*, VVDStRL 11 (1954), S. 179, 190.

Da der Staat trotz seiner Verpflichtung zur Subsidiarität dem sozialen Gemeinwohl verpflichtet bleibt, darf er aber den Einzelnen nicht schutzlos den gesellschaftlichen Gewalten überlassen. Er hat die Ordnung innerhalb der Gesellschaft letzt- und höchstverantwortlich zu gewährleisten²⁶⁷ — davon spricht ihn kein Subsidiaritätsprinzip frei. Der Schutz des Einzelnen verwirklicht sich in erster Linie durch privatrechtliche Normen, die das Sozialstaatsprinzip konkretisieren, durch Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen, die in dem Maße zunehmen müssen, in dem das Schutzbedürfnis des Einzelnen wächst. Erst, wenn kein milderes Mittel ausreicht, kommt die Verstaatlichung in Frage.

Ein solcher Freiheitsschutz ist weithin bereits auf Verfassungsebene rechtlich vorbereitet, wenn man sich dazu entschließt, den Grundrechten die Drittwirkung zuzusprechen. Das Grundgesetz läßt in den Grundrechten der Art. 9 I, III, 19 III und 140 GG erkennen, daß es der staatlichen Gewalt mehr mißtraut als jeder privaten Macht, die auf der Freiheit gründet²⁶⁸. Es hat damit ein Balancesystem der sozialen Gewalten geschaffen, dessen Schwerpunkt das freie Individuum bildet. Jede einseitige etatistische Auflösung dieser pluralistischen Ordnung wäre verfassungswidrig.

;) Die Gefahr, daß der Einzelne ohne staatliche Initiativen der Macht gesellschaftlicher Gruppen ausgeliefert werde, wirkt sich am schärfsten in dem von Art. 4 und 5 GG abgesicherten Raum der geistigen Freiheit aus — jenem Raum, in dem die schöpferische Freiheit des Individuums nach der Intention der Grundrechte gerade keiner Majorisierungstendenz zu weichen braucht. In diesem Bereich sind auch die Strukturen von Staat und Gesellschaft nicht homogen wie im wirtschaftlichen Sektor, wo etwa private und öffentliche Daseinsvorsorge dem Inhalt nach gleichförmig und daher unbedenklich wechselseitig substituierbar sind. Vielmehr wirkt sich hier gerade der gesellschaftliche Pluralismus aus, dem die „ideologische Neutralität“²⁶⁹ der staatlichen Integrationsmacht gegenübergestellt ist. Es fragt sich, ob überall dort, wo sich diese qualitative Differenz von Staat und Gesellschaft zeigt, die quantitative Funktionssperre der Subsidiarität, die notwendig in der Homogenität gründet, auszuschneiden hat und der Staat zum Schutz der jeweiligen Minderheiten „neutrale“ (d. h. auf den ethischen Minimalstandard der Verfassung festgelegte) Einrichtungen schaffen muß²⁷⁰.

²⁶⁷ Herzog, R. (EvStL, S. XXXVII) erwägt sogar die grundsätzliche Haftung des Staates für gesellschaftliche Fehlentwicklungen.

²⁶⁸ Vgl. Geiger, Schranken, S. 19/21.

²⁶⁹ Dazu mit Nachw.: Grundmann, S., JZ 1966, 81/86; Hamel, W., GR IV/1, S. 37 ff.; Zezschwitz, F. v., JZ 1966, 337/344; Zippelius, R., BK (Zweitkomm.), Art. 4/bes. Rdnr. 18—27.

²⁷⁰ So erscheint die „Neutralität“ als Bedenken gegen die Verfassungsmäßig-

Diese Frage führt weit über das Subsidiaritätsprinzip hinaus. Sie kann nur in nuancierender Analyse der Einzelgrundrechte, der staatskirchenrechtlichen und der demokratischen Verfassungsnormen beantwortet werden. Aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips erschließen sich nur einige Richtpunkte für die Diskussion der Fragen.

Die Grundrechte, insbesondere die der geistigen Äußerung, sichern die Ursprünge des gemeinschaftsbildenden Prozesses²⁷¹. Damit ist der gesellschaftliche Pluralismus institutionell gewährleistet als Grundstufe der freiheitlichen Integration. Die Quellen des Integrationsstromes dürfen nicht verschüttet werden. Der Staat darf deshalb diese legitime Vielfalt nicht durch Standardisierung aufheben, auch nicht zugunsten eines Minderheitenschutzes. Denn die materiale Gleichheit, das Leitbild der Sozialstaatlichkeit, gilt im Geistigen gerade nicht: Hier ist Freiheit im frühliberalen Sinne gegeben — gleiche Chance zur Teilhabe am offenen Wettkampf der Geister²⁷². Soweit der Staat hier überhaupt einen Auftrag hat, geht er dahin, die Vielfalt institutionell zu ermöglichen, wo sie durch innergesellschaftliche Monopolisierungstendenzen bedroht ist²⁷³, nicht aber sie durch Standardisierung zu beseitigen. Selbst dort, wo sich innergesellschaftliche Monopole nicht auflösen lassen, ist Verstaatlichung nicht schlechthin erlaubt: sie scheidet aus, wo der Minoritätenschutz durch Toleranzgebote verwirklicht werden kann oder wo — wie in der Rundfunkverfassung — eine freie Balancierung der staatlichen und gesellschaftlichen Gewalten innerhalb eines eigenständigen Mediums möglich ist²⁷⁴. Die weltanschauliche Neutralität liefert so ein zusätzliches Argument für die Subsidiarität²⁷⁵. Sie gebietet der öffentlichen Gewalt, jene ursprunghaften Lebensäußerungen zu respektieren, die ihr selbst versagt sind.

keit der Subsidiarität der öffentlichen Sozial- und Jugendhilfe nach dem BSHG und JWG. Dazu mit Nachw. *Zacher*, Freiheit, S. 68/72, 86/96. *BVerfGE* 22, 180, 180 (209) lehnt den Verstoß gegen Art. 4 GG ab. Zur Problematik des Minimalstandards s. *Obermayer*, Gemeinschaftsschule, S. 5/8, und *Hollerbach*, A., DÖV 1967, 812/813 (Leitsätze).

²⁷¹ s. o. §§ 36, 56.

²⁷² Zum Wettbewerb der Ideologien: s. *Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 69. Dazu näher o. § 36.

²⁷³ Zur staatlichen Garantie der Meinungs- und Pressevielfalt vgl. *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 15/16; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 201/206.

²⁷⁴ Sogar das Ideal der staatlichen „Einheitsschule“ muß hinter dem ideologischen Pluralismus zurückstehen, arg. Art. 7 IV, V GG. Dazu o. § 41.

²⁷⁵ In diesem Sinne empfiehlt *Peters* die Zurückhaltung des Staates, AfK 6 (1967), 10/11, 15/16.

IV. Der sachliche Geltungsumfang des Grundsatzes Antinomien zum Subsidiaritätsprinzip

Obwohl die Geltung des Subsidiaritätsprinzips festgestellt ist, bleibt zu untersuchen, ob die Verfassung nicht auch antinomische Grundsätze anerkennt. Zwar kann die Existenz eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips nicht mehr schlechthin in Frage gestellt werden, da seine echten Alternativen ausgeschieden worden sind¹. Wohl aber könnten Gegenprinzipien seinen Geltungsumfang einschränken, wenn sich ein dialektisches Spannungsverhältnis erkennen lassen sollte.

Unter diesem Blickwinkel seien untersucht:

1. die Spontaneität und Elastizität des Staatshandelns,
2. die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung,
3. die Effizienz des Staatshandelns.

1. Virtuelle Omnipotenz

Spontaneität und Elastizität des Staatshandelns

a) Zu den Eigenschaften, die dem neuzeitlichen Staat kraft seiner Souveränität zukommen, gehören sowohl die Fähigkeit, spontan politische Ziele zu setzen und zu verwirklichen, als auch die, sich dem Wechsel der Lagen anzupassen und elastisch auf Veränderungen zu reagieren². Da dem Staat die Verantwortung für das Gemeinwohl in einer sich wandelnden Welt anvertraut ist, muß er auch die erforderlichen Mittel einsetzen können, um unter den jeweiligen Verhältnissen dieser Verantwortung zu genügen.

Diese Grundsätze sind zwar auf dem Boden der Allgemeinen Staatslehre entwickelt worden, jedoch ragen sie in das positive Verfassungsrecht hinein. Wenn das Grundgesetz sie auch nicht eigens festgelegt hat, so hat es sie doch stillschweigend vorausgesetzt — als selbstverständliche Bedingungen moderner Staatlichkeit. Sie haben der Entscheidung des Parlamentarischen Rates zugrunde gelegen, angesichts der unabsehbaren kulturellen und wirtschaftlichen Entwicklung darauf zu verzichten, eine

¹ s. o. §§ 35/47.

² Diese Wesenszüge hat insbesondere *Herbert Krüger* formuliert. „Die Individualität und vor allem die Unvorhersehbarkeit der Lagen, mit denen sich der Staat auseinanderzusetzen hat, verlangen, daß ihre Beantwortung in der Stellung und Verteilung der erforderlichen Aufgaben nicht minder individuell und daher so treffend wie möglich gehalten werden kann. Eben um dieses Erfordernisses willen hat man ja den Staat mit so außergewöhnlichen Vollmachten wie Souveränität und Staatsgewalt als General- und Blankovollmacht ausgestattet“ (Staatslehre, S. 775; vgl. auch S. 25/31, 160 und passim; ähnlich ders., DÖV 1959, 724).

detaillierte Sozialverfassung zu entwerfen³. Sie wirken sich in den Regelungen des Notstandsfalles aus, in denen der Exekutive zur Bewältigung von außergewöhnlichen Aufgaben auch außergewöhnliche Befugnisse zugewiesen werden. Die Notwendigkeit, daß der Staat stets gerüstet sein muß, dem Unvorhersehbaren zu begegnen, wird sogar in den Verfassungsbestimmungen über den Staatshaushalt berücksichtigt, die gerade darauf abgestellt sind, die Planmäßigkeit und Berechenbarkeit der Staatstätigkeit zu gewährleisten (arg. Art. 112 GG). Insbesondere aber trägt der Sozialstaat — die Ermächtigung und der Auftrag des Staates, die Sozialordnung zu gestalten⁴ — dem Erfordernis Rechnung, anpassungsfähig auf den Wandel der Verhältnisse zu reagieren und spontan Ordnungsziele aufzurichten.

b) Setzt man diese Wesensgesetze absolut, sieht man die Staatlichkeit uneingeschränkt von ihnen bestimmt, so würde der Staat gegen das Gesetz, nach dem er angetreten ist, verstoßen, wenn er sich im Subsidiaritätsprinzip abstrakt auf eine Regel der Aufgabenstellung und -verteilung festlegen würde⁵. Jedoch kann die Prämisse nur in einem staatstheoretischen Modell wie dem „Modernen Staat“ Herbert Krügers Geltung beanspruchen — im Bonner Grundgesetz dagegen sind Spontaneität und Elastizität des Staatshandelns zwar nicht aufgehoben, aber doch eingefangen in einem Netz rechtsstaatlicher Kautelen. Die rechtsstaatliche Verfassung erstrebt es, die freie Beweglichkeit der öffentlichen Gewalt aufzuheben, das staatliche Handeln voraussehbar, *meßbar* zu machen⁶. Diesem Ziele dienen die Verteilung der Zuständigkeiten, die Bindung an Grundrechte und Übermaßverbot und der Vorbehalt des Gesetzes. Die

³ s. o. § 31.

⁴ *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), 37 (39/43). Vgl. im übrigen Nachw. o. § 40, bes. *Ridder*, Stellung, S. 10.

⁵ So *Krüger*, Staatslehre, S. 775. Es ist aufschlußreich, daß die Abstraktion eines in seiner Souveränität uneingeschränkten Staates den Grund dafür liefern soll, weshalb der Staat sich nicht autonom auf das Subsidiaritätsprinzip festlegen könne. Bei der Lösung der Frage, welchen Bindungen die neu geschaffenen europäischen Gemeinschaften unterliegen, geht *Krüger* dagegen davon aus, im westlichen Kulturkreis könne Staatsgewalt nur als (rechtsstaatlich) „verfaßte“ kreierte werden; auch dort, wo nicht ausdrücklich ein Schrankensystem niedergelegt sei, trete die Staatsgewalt bereits in rechtsstaatlich überformtem Zustand auf (vgl. *Krüger*, DÖV 1959, 725/728). Das Subsidiaritätsprinzip jedoch wird auch dort, wo die Fragestellung schon auf das positive Verfassungsrecht hinleitet, noch mit der Staatsgewalt im „Rohzustand“ konfrontiert, einem „Rohzustand“, der aber auch keine Verarbeitung und Überformung zuläßt, gewissermaßen der staatlichen *materia*, für die keine verfassungsmäßige forma denkbar ist. Dieses Beispiel ist symptomatisch für die eigenförmliche Sonderbehandlung, die das Subsidiaritätsprinzip in der staatstheoretischen und verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung in Deutschland erfährt.

⁶ Zur Meßbarkeit und Berechenbarkeit des Staatshandelns vgl. *Maunz-Dürig*, Art. 20/86—91; *Lerche*, Übermaßverbot, S. 58/59; *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 315.

meisten dieser Instrumente des Rechtsstaates fesseln die öffentliche Gewalt viel drückender und beschränken ihren Bewegungsraum viel enger, als das Subsidiaritätsprinzip es seinem Wesen nach zu bewirken vermag. So kann zum Beispiel die starre Kompetenzverteilung innerhalb der staatlichen Organisation geradezu das Reaktionsvermögen lähmen, wenn sie in einer außergewöhnlichen Lage ein Organ (wie das Heer) als unzuständig ausschaltet, dem besonders wirksame Waffen zur Verfügung stehen, um die öffentlichen Interessen durchzusetzen. Das Legalitätsprinzip zwingt den Staat, von vorneherein seine „Eingriffe“ nach Art und Maß festzulegen, den Einsatz seiner Mittel auf bestimmte Möglichkeiten des Handelns zu beschränken⁷. Die Grundrechte schirmen einzelne Lebensbereiche gegen den Zugriff der öffentlichen Gewalt ab — und zwar, soweit der „Wesensgehalt“ der Rechte reicht (Art. 19 II GG), sogar absolut, ohne Rücksicht auf die jeweilige Situation⁸. Während diese Beschränkungen der Staatsgewalt grundsätzlich starr sind, ist das Subsidiaritätsprinzip elastisch, der Wandelbarkeit der Verhältnisse angepaßt. Es baut auf der gegenwärtigen Lage auf, es enthält die Antwort auf das aktuelle Ausreichen oder Versagen der gesellschaftlichen Kräfte bei der Bewältigung einer öffentlichen Aufgabe. Das Subsidiaritätsprinzip ist damit hypothetischer Natur — im Gegensatz zu kategorischen Verfassungsbefehlen wie dem Vorbehalt des Gesetzes. Es ist also der Dynamik des modernen Staates völlig angepaßt: Es richtet dieser Dynamik (bewegliche) Grenzen auf und führt sie auf ein (unverrückbares) Ziel hin — aber es entzieht dem Staat kein einziges Mittel, dessen er bedarf, um im Wechsel der Lagen bestehen zu können⁹. Eine echte Antinomie von Verfassungsprinzipien wird hier daher nicht sichtbar.

c) Allerdings tritt eine solche auf, wenn man das Subsidiaritätsprinzip dahin versteht, die Sozialgestaltungs- und Leistungsfunktion des Staates dürfe erst nach abwartendem Zögern, ob die Gewaltunterworfenen einen Lebensbereich selbst ordnen können oder nicht, ausgeübt werden¹⁰. Als Folge eines solchen Verhaltens droht, daß der Staat auf ein „mehr oder

⁷ Kritisch zum Argument der „Dynamik“ der Verwaltung als Einwand gegen den Gesetzesvorbehalt: *Rupp*, Grundfragen, S. 127. Vgl. auch *Schulz-Schaeffer*, Staatsform, S. 149.

⁸ Die Starrheit entfällt allerdings, wenn man den Wesensgehalt im wesentlichen durch Güterabwägung erschließen will; dazu *Hüberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 31/69, 234/238.

⁹ Im Ergebnis gleich *Herzog*, *Der Staat* 2 (1963), 421/422: im Ernstfall beraube das Subsidiaritätsprinzip den Staat nicht der Fähigkeit, einer Gefahr Herr zu werden; im Normalfall berühre das Subsidiaritätsprinzip den Staatszweck nicht stärker als die Beschränkungen, denen der moderne Staat sich auf der Ebene des Verfassungsrechts selber unterwerfe.

¹⁰ *Badura*, Verwaltungsmonopol, S. 315.

weniger“ okkasionelles Zuhilfekommen beschränkt¹¹ wird oder überhaupt zu spät eingreift¹².

Das Grundgesetz enthält einen solchen Satz nicht — aber dieser Satz deckt sich auch nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip. Wenn Subsidiarität zeitliches Abwarten bedeutete, würde der Grundsatz einen inneren Widerspruch enthalten: er will eine Störung der gesellschaftlichen Verhältnisse verhindern und würde doch dazu nötigen, diese Störung zunächst widerstandslos hinzunehmen. Wie auch immer eine solche Konsequenz des Subsidiaritätsprinzips von einem bestimmten Wesensverständnis aus beurteilt werden mag¹³ — das Grundgesetz jedenfalls enthält keinen Anhaltspunkt für die Annahme, der Staat dürfe nur repressiv tätig werden. Im Gegenteil, die Sozialstaatsklausel bekräftigt, daß der Staat auch zu präventiver Gestaltung und Leistung ermächtigt ist. Wenn das Grundgesetz den Primat der gesellschaftlichen Initiative gewährleistet, so erkennt es damit einen *normativen* Vorrang an, nicht notwendig aber auch einen *zeitlichen Vorsprung*. Ob die gesellschaftlichen Kräfte eine öffentliche Aufgabe bewältigen können — darüber entscheidet der Staat als der berufene Hüter des Gemeinwohls unter Würdigung der gegenwärtigen Verhältnisse und der sich für die Zukunft abzeichnenden Entwicklungsmöglichkeiten.

Unter dieser Voraussetzung wird jedoch die Gefahr gesehen, daß die Entscheidungsinstanz (im Rahmen des Wirtschaftsverfassungsrechts) „auf ein untragbares Risiko der Vorherberechnung möglicher Insuffizienz der Wettbewerbswirtschaft abgedrängt“ werde¹⁴. Ein solches Risiko der Vorherberechnung hat aber der Gesetzgeber im Rechtsstaat grundsätzlich zu tragen, wo immer Verfassungsdirektiven die Berechenbarkeit der Staatsakte fordern, wo immer abstrakte Verfassungsprinzipien auf allgemeine, wandelbare Lebensverhältnisse angewendet werden. Die Prüfung, ob die Zulassungs- oder Ausübungsschranken einer Berufsordnung „notwendig“ oder „verhältnismäßig“ sind, zwingt die Legislative in gleicher Weise zu einer allgemeinen Diagnose und Prognose wie die Untersuchung, ob ein gesellschaftliches Defizit vorliegt, das eine subsidiäre staatliche Intervention rechtfertigt. Die *besondere* Problematik des Subsidiaritätsprinzips wird mit dieser Schwierigkeit also nicht gekennzeichnet.

Das gilt auch von dem Risiko, das eine Fehleinschätzung der Lebenssachverhalte für die Allgemeinheit mit sich bringt — dieses geht nicht über das Risiko hinaus, das die konventionellen rechtsstaatlichen Bindungen wesensmäßig erzeugen. Im übrigen wertet der Rechtsstaat die Gefahr,

¹¹ So Badura (FN 10).

¹² So Leisner, Werbefernsehen, S. 177.

¹³ Dazu Stellungnahmen o. § 5, FN 2.

¹⁴ Leisner (FN 12), S. 177.

daß der Einzelne seine Freiheit mißbrauchen oder gar nicht wahrnehmen werde, geringer als die Gefahr, daß der Staat seine Macht nicht sachgerecht einsetzt¹⁵. Dieses axiomatische Vertrauen in die Freiheit des Einzelnen trägt das Wagnis des Rechtsstaats, einen Eigenbereich der Gesellschaft anzuerkennen und auf ihre totale Durchsozialisierung zu verzichten. Die verfassungsrechtliche Betrachtung kann dieses Axiom, Teil der „politischen Weltanschauung“ des Grundgesetzes, nicht mehr in Frage stellen. Ob das Vertrauen in die individuelle Spontaneität gerechtfertigt ist — das erklärt allein die politische und soziale Wirklichkeit, die über Glücken oder Scheitern eines Verfassungswerkes entscheidet¹⁶.

2. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung

a) Die Funktionssperre der Subsidiarität kann dazu führen, daß der Staat seine ökonomischen Kapazitäten nicht voll ausnutzen kann und Vermögenseinbußen hinnehmen muß. Der Staat steht aber unter dem Gebot, daß sein Vermögen „pflöglich“ behandelt werden muß, seine Mittel nicht vergeudet werden dürfen¹⁷. Dieses allgemeine Gesetz hat sich auf den Gebieten des öffentlichen Wirtschafts- und Haushaltsrechts zu den Prinzipien der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit verdichtet¹⁸. In ihnen gelangen die Rechenschaftigkeit und die Rationalität des neuzeitlichen Staates zum Ausdruck¹⁹.

¹⁵ Vgl. *Peter Schneider*, DJT-Festschrift II, S. 263/290 und VVDStRL 20 (1963), S. 21: Der Primat der Freiheit beruhe auf der optimistischen Erwartung normgemäßen Handelns. Zum Satz „in dubio pro libertate“ s. o. § 56.

¹⁶ Das BVerfG (E 20, 56 [103]) hebt den Gedanken des unvermeidlichen Risikos im Zusammenhang mit dem demokratischen Prinzip hervor: „Die freiheitliche Demokratie nimmt prinzipiell die Risiken in Kauf, die darin liegen, daß die politische Willensbildung der Urteils kraft und der Aktivität der Bürger anvertraut ist.“

¹⁷ Das *Schenkungsverbot* und das Gebot, öffentliches Vermögen in seinem Grundstock zu erhalten und pflöglich nach den Grundsätzen einer gesunden Wirtschaft zu verwalten, hat exemplarischen Ausdruck im Gemeinderecht erhalten — vgl. Art. 12 II 2 BV und Art. 61 I, III BayGO sowie § 60 I 1 DGO (dazu Erläuterungen in: *Surén-Loschelder*, DGO, § 60/3); vgl. auch die haushaltsrechtliche Bestimmung des § 46 RHO v. 31. 12. 1922 (RGBl. II S. 17). Das Schenkungsverbot im Rahmen der Fondsverwaltung formulierten *Köttgen* (DÖV 1953, 485, 488); *Ipsen*, Subventionierung, S. 20; *Eppe*, F., Subventionierung und staatliche Geschenke, Stuttgart 1966, S. 88/136; *Henze*, Probleme, S. 21/22; *Bitter*, BayVBl. 1965, 85/87, und *Zeidler*, Der Staat 1, 1962, 335. Für das Anstaltsrecht findet sich der Gedanke bei *Ulrich-Thomsen*, DÖV 1962, 245 (246).

¹⁸ Zum *Sparsamkeitsprinzip*: *Hettlage*, Über Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, S. 39/50; *Vialon*, Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin 1959, S. 98, 508; *Bank*, DÖV 1962, S. 526 (529/530); normative Fassungen des Prinzips enthalten §§ 26 I, 17, 96 I 3, 4 RHO, §§ 6 I, 16 RWB sowie der Kabinettsbeschuß v. 8. 1. 1952 betr. Einsetzung eines Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BAnz. Nr. 128 v. 5. 7. 1952, S. 1).

Zum *Wirtschaftlichkeitsprinzip* vgl. die oben aufgeführten Belegstellen, insbes. *Hettlage*, S. 50/61; *Eppe* (FN 17), S. 141/146; *Rüfner*, Formen, S. 144/162.

Der Sparsamkeitsgrundsatz besagt, der öffentliche Aufwand zur Erreichung eines bestimmten Zweckes solle so niedrig wie möglich sein. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz fordert, es solle mit dem geringstmöglichen wirtschaftlichen Aufwand der größtmögliche Erfolg angestrebt werden. Die Sparsamkeit erfaßt nur das Ausmaß, die Wirtschaftlichkeit auch die Art des Aufwandes, der erste Grundsatz beschränkt sich auf die Ausgabenseite, der letztere ergreift auch die Einnahmen und darüber hinaus den allgemeinen (ökonomischen und politischen) Effekt.

b) Das Sparsamkeitsprinzip, das für die „staatsnotwendigen“²⁰ Ausgaben nur den minimalen Einsatz von Mitteln vorsieht, drängt eher die staatliche Initiative zurück, als daß es sie anregt²¹. Es wirkt also in die gleiche Richtung wie das Subsidiaritätsprinzip.

Umgekehrt rechtfertigt aber das Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht die Expansion staatlicher Tätigkeit. Denn die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns bezeichnet, ebenso wie die Sparsamkeit, nur die Art und Weise, in der ein bestimmtes Ziel verfolgt wird. Das Ziel selbst ist vorgegeben²². Der Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkt bildet keine Grundlage staatlicher Tätigkeit, sondern setzt eine solche gerade voraus. Damit hängen die Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit von der Gesamtheit der staatlichen Aufgabenstellung ab, darüber hinaus aber auch von der Gesamtheit der staatlichen Zuständigkeitsverteilungen und Verfahrensregelungen. Vom Standpunkt ökonomischer Rationalisierung, wie sie in § 26 I RHO ihren Niederschlag gefunden hat, mögen die rechts-

Zur kommunalrechtlichen Ausprägung dieses Gedankens im Ertrags-(Produktivitäts-)grundsatz: *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 478; *Surén-Loschelder*, DGO, § 72/2; *Surén*, Gemeindeordnungen II, S. 237/250 (mit Nachweisen aus der Gesetzgebung).

Zur finanzwissenschaftlichen Seite vgl. *Schmölders*, Finanzpolitik, S. 200/201, 257, und *Bolsenkötter*, H., Zum Begriff der Wirtschaftlichkeit, in: Aktuelle Fragen der Wirtschaftlichkeit, Stuttgart 1964, S. 15/30; *Keller*, Eigenwirtschaft, S. 186/189.

Subsidiarität und ökonomische Effizienz erscheinen als kumulative Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Subventionen im Entwurf des österreichischen Bundesgesetzes „betreffend Bundesförderungen“ abgedr. in Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages, Wien 1964, Bd. I 3. Teil, S. 122; nach § 5 sind Bundesförderungen nur zulässig, wenn

- „1. der Förderungswerber oder die an einem Vorhaben sachlich interessierten Rechtsträger außerhalb des Bundes nicht aus eigener Kraft in der Lage sind, das Vorhaben zu verwirklichen, oder sie es ohne Anreiz durch die Bundesförderung nicht in Angriff nehmen würden;
2. Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Mittel einer Bundesförderung gewährleistet sind;
3. ...“

¹⁹ Vgl. *Krüger*, Staatslehre, S. 58/59.

²⁰ Vgl. § 17 RHO.

²¹ Vgl. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 74.

²² Vgl. *Hettlage* (FN 18, S. 38, 51); *Leisner* (FN 21), S. 75.

staatliche Gewaltenteilung und Gewaltenhemmung, die föderalistische Dezentralisation oder eine sozialstaatlich legitimierte Subventionsgewährung zwar „unwirtschaftlich“ sein — aber dieser Maßstab ist untauglich, um die Entscheidungen der Verfassung und des verfassungsgemäßen Gesetzes zu bewerten und zu überprüfen. Er steht noch nicht einmal einer sozialstaatlich motivierten Privatisierung von Staatsunternehmen gegen ein Entgelt, das unter dem Marktpreis liegt, im Wege²³.

Die politische Entscheidungsfreiheit der Staatsorgane ist nicht durch Grundsätze wirtschaftlicher Rechenhaftigkeit aufgehoben worden²⁴. Lediglich die Ausführung der Entscheidungen des Gesetzgebers und der Verwaltung steht unter den Leitsternen der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit — die sich damit als Leitsterne zweiter Ordnung offenbaren. Abgesehen davon, daß ihnen kein verfassungsrechtlicher Rang zukommt, ist die Geltungsart weithin auch nur die einer Soll-Vorschrift²⁵.

Selbst wenn man die Frage nach der Geltungshöhe nicht berücksichtigt, ist ein Konflikt zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aus ihrem Wesen heraus nicht denkbar. Das Subsidiaritätsprinzip, das die Frage regelt, ob und in welchem Umfang die öffentliche Hand eine Gemeinschaftsaufgabe übernehmen darf, schafft — als Primärnorm — die Legitimationsgrundlage staatlichen Handelns und damit den Boden, auf dem — als Sekundärnormen — die ökonomi-

²³ Vgl. BVerfGE 12, 354 (364).

²⁴ Hettlage (FN 18, S. 51) betont allerdings, daß politische Überlegungen kein Freibrief für Unwirtschaftlichkeit seien.

²⁵ Einige Momente der ökonomischen Rationalität, wie sie in § 47 I 1 RHO anklingen, werden jedoch vom Bundesverfassungsgericht (FN 23) als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab anerkannt — jedoch grundsätzlich als nachrangig gegenüber sozial- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, so daß auch innerhalb des Verfassungsrechts das Wirtschaftlichkeitsprinzip keine stärkere normative Kraft aufweist als innerhalb des Haushalts- oder Kommunalrechts. — Als Soll-Bestimmung ist vor allem der kommunalrechtliche Ertragsgrundsatz in den meisten Gesetzen gefaßt worden. Nach dem Vorbild von § 72/I DGO sind Soll-Vorschriften formuliert worden: Art. 79 I BayGO v. 25. 1. 1952 (ber. GVBl. 1958, S. 100), § 103 I Hess.GO i. d. F. v. 1. 7. 1960 (GVBl. 1960, S. 103), § 95 I Nieders.GO v. 4. 3. 1955 (GVBl. b I S. 126), § 76 I Nordrh.-Westf. GO v. 28. 10. 1952 (GS NW S. 167/SGV 2020). — Surén (FN 18), S. 238/239; Masson, Bay. Kommunalges., Art. 79/I GO.

Der BGH (Z 47, 30/40 = NJW 1967, 726, 728) leitet das Schenkungsverbot aus Rechtsstaatsprinzipien, insbesondere dem Willkürverbot ab (und bereichert damit den Rechtsstaat um eine ausgesprochen etatistische Komponente, die im Gegensatz zu den freiheitsschützenden, liberalen Instituten steht und die Sicherung der öffentlichen Vermögensmasse gegen Privatisierung an die Bürger anstrebt). Eine Zuwendung wird aber für den Fall gebilligt, in dem eine materielle Legitimation vorhanden sei: in der „Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung“. Der Vorrang öffentlicher Zwecke vor der Substanzwahrung ist also nach den Prämissen des BGH gesichert.

Skeptisch über den praktischen Nutzen der Sparsamkeitsmaxime des § 17 RHO: Vialon (FN 18), S. 453.

schen Grundsätze eingreifen. Das Ziel der Subsidiarität, die Schonung gesellschaftlicher Substanz, ist daher vorrangig vor dem Gebot, die wirtschaftlichen Mittel zu diesem Ziel rationell einzusetzen.

c) Dieses Verhältnis der Normen zueinander wandelt sich noch nicht einmal dort grundsätzlich, wo der Wirtschaftlichkeitsgedanke nicht nur das Ideal des höchsten Wirkungsgrades bei der Verfolgung eines Verwaltungszieles aufrichtet, sondern wo er zugleich die Erzielung von Einnahmen als selbständigen Verwaltungszweck vorsieht, wie es im Ertrags- oder Produktivitätsgrundsatz des Gemeindewirtschaftsrechts der Fall ist²⁶. Denn auch der Ertragsgedanke erweitert nicht den Funktionskreis der Hoheitsträger. Er stellt keinen *finis primarius* des Handelns dar, sondern nur einen Nebenzweck, der zu verwirklichen ist, soweit das (nichtfiskalische) öffentliche Hauptziel nicht beeinträchtigt wird²⁷. Das Ertragsprinzip sagt nur, worauf die Verwaltung „bei Gelegenheit“ der Verfolgung des öffentlichen Zweckes zu achten habe. Die Gewinnerzielung ist als Primärzweck durch § 67 I 1 DGO und seine Nachfolgebestimmungen aus dem Gemeinderecht²⁸ und durch die Verfassungsentcheidung für den Steuerstaat aus dem Staatsrecht verdrängt worden²⁹.

d) Obwohl eine Antinomie zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und den Grundsätzen ökonomischer Rationalität schlechthin ausgeschlossen zu sein scheint, bleibt es in Grenzbereichen problematisch, welches Rechtsprinzip hier die Herrschaft ausübt. Ein Widerstreit von Subsidiarität und Wirtschaftlichkeit scheint in bestimmten Bezirken des Anstalts- und des Gemeinderechts zu bestehen und sich vor allem bei drei Fragen zu erheben:

²⁶ Nachweise s. FN 18. — Besonders deutlich ist die Formulierung in der Amtl. Begründung zu § 72 DGO (abgedr. in: *Surén-Loschelder*, DGO, § 72/1 a): „Die Gemeindeordnung geht davon aus, daß sich die Gemeinden bei jeder wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen müssen. Deshalb muß, unbeschadet der Möglichkeit, in besonderen Fällen auch andere Momente zu berücksichtigen, über jeder Wirtschaftsführung auch der Gemeinden der Grundsatz stehen, daß das Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt abwirft. Darin liegt ja gerade der Wesensunterschied zwischen gemeindlicher Wirtschaft und gemeindlicher Verwaltung.“

²⁷ Diese Regel hat besonders klar in den Gemeindeordnungen von Hessen (§ 103/I), Niedersachsen (§ 95/I) und Nordrhein-Westfalen (§ 76/I) Ausdruck gefunden. Vgl. dazu *Surén* (FN 18), S. 238.

Auch *Gönnenwein* (FN 18, S. 478), der das Ertragsprinzip als „obersten wirtschaftlichen Grundsatz für die Führung der wirtschaftlichen Unternehmen“ bestimmt, erkennt an, daß dieser „nötigenfalls“ hinter der öffentlichen Zweckbestimmung zurücktreten müsse.

²⁸ Den Vorrang des § 67 DGO vor dem Ertragsgrundsatz betonen: *Surén-Loschelder*, DGO, § 67/3 a, und *Surén* (FN 18), S. 154. Vgl. auch den Exkurs zur DGO, o. § 15.

²⁹ s. o. §§ 42, 56, 58.

- aa) ob die Verwaltung darin frei sei, ihre Bedarfsdeckung in eigene Regie zu übernehmen oder ob sie auf die Privatwirtschaft zurückgreifen müsse;
- bb) ob die öffentliche Hand die Chance, ihre Verwaltungseinrichtungen außerhalb des eigentlichen Widmungszwecks lukrativ zu nutzen, wahren könne, wenn der Widmungszweck darunter nicht leide (Problem der sog. „Randnutzungen“);
- cc) ob eine Intervention (etwa eine Maßnahme der Daseinsvorsorge) sich aus Gründen der Verwaltungsökonomie auch auf solche Bürger erstrecken dürfe, bei denen die konkrete Notwendigkeit zu einem solchen Eingriff nicht besteht.

Zu aa): Die Ausrüstung der Staatsorgane mit den Sachmitteln, die erforderlich sind, um den öffentlichen Auftrag zu erfüllen, ist nicht selbst bereits eine öffentliche Aufgabe. Nach herrschender Auffassung gehört die *Beschaffung des Sachbedarfs* zu den fiskalischen Hilfsgeschäften der Verwaltung³⁰. Erst recht muß deshalb auch die *Herstellung und Unterhaltung* der Sachmittel zu den Fiskaltätigkeiten im engeren Sinne³¹ gezählt werden. Während aber die Besorgung der Gegenstände als unerläßliche Voraussetzung der öffentlichen Wirksamkeit des Staates gerechtfertigt ist, wird die Notwendigkeit, diese Gegenstände auch von Staatsunternehmen produzieren zu lassen, nicht aus der Natur der Sache legitimiert. Da diese Produktion keine wesensmäßig obrigkeitliche Aufgabe ist, verlangt Art. 33 IV GG hier nicht, die Tätigkeit dem öffentlichen Dienst vorzubehalten.

Würde dem Staat schlechthin die Herstellung und Erhaltung seiner Hilfsmittel versagt und müßte er immer auf die Privatwirtschaft zurückgreifen, so müßte in Einzelfällen die Wahrnehmung seiner Funktionen gefährdet werden: die Beweglichkeit des Staates könnte leiden, weil ein privates Vertragsunternehmen nicht die Anpassungsfähigkeit wie ein ständig dienstbereiter, abhängiger Regiebetrieb aufweist; die Effizienz der Staatsakte könnte beeinträchtigt werden, weil die Geheimhaltung

³⁰ Bei der *Vergabe von Aufträgen* an die Privatwirtschaft soll die Verdingungsordnung für Leistungen (Erlaß des Reichsfinanzministeriums v. 25. 3. 1936 — 06100 BhI-12/36 I Bau) das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip durchsetzen. Die Bedeutung des Beschaffungswesens wird grundsätzlich von *Forsthoff* (Der Staat als Auftraggeber) gewürdigt.

Die Qualifikation dieser Verwaltungsaufgabe als fiskalische Hilfstätigkeit erfolgt bei: *Siebert*, Festschrift für Niedermeyer, S. 221; *Dürig*, M—D, Art. 1 III/135; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 23 II. a; *BGH*, Urt. v. 26. 5. 1961, JZ 1962, 217 und Urt. v. 26. 10. 1961, JZ 1962, 176 (178) mit Anm. v. *Stern*, JZ 1962, 181 und *Zeidler*, DVBl. 1962, 301. *Forsthoff* will das Beschaffungswesen dagegen dem Verwaltungsprivatrecht zurechnen (a.a.O., S. 19/22).

³¹ Also unter Ausschaltung des Verwaltungsprivatrechts (*Wolff*, FN 30, § 23 II, b).

der vorbereitenden Maßnahmen bei der Zuhilfenahme Außenstehender nicht gesichert werden kann. Würde es aber umgekehrt dem Staat völlig freigestellt, alle Herstellungs- und Pflegearbeiten selbst zu übernehmen, oder würde ihn allein das Gebot der Wirtschaftlichkeit leiten, so würde der Fiskalbereich auf Kosten der Privatwirtschaft erheblich aufgebläht, und es könnten dabei ganze Berufszweige (wie der Tiefbau, der auf öffentliche Aufträge angewiesen ist) absorbiert und auf kaltem Wege sozialisiert werden.

Die Lösung dieser Rechtsfrage muß eine mittlere Linie anstreben.

Zwei Leitgedanken sind dabei vorgegeben:

1. Die Funktionsfähigkeit der Exekutive soll nicht gefährdet werden. Dem Staat dürfen nicht die Mittel versagt werden, deren er bedarf, um seinen legitimen Auftrag zu erfüllen.
2. Es gibt im Beschaffungswesen keine Privatautonomie der öffentlichen Hand; vielmehr erfaßt der Grundrechtsschutz auch diesen Bereich. Wenn die Verwaltung schon bei der Vergabe von Aufträgen an die Grundrechte gebunden ist³², so kann sie sich der Bindung auch nicht dadurch entziehen, daß sie zur Eigenproduktion übergeht und somit viel tiefer in die Struktur der Privatwirtschaft eingreift. Entfällt bei autarker Versorgung zwar die Schwierigkeit, dem Gleichheitsgesetz gemäß unter den Anbietern auszuwählen, so ergibt sich dafür die verfassungsrechtliche Aufgabe, den grundrechtlich gesicherten Bestand freier Berufe zu schützen, die um so stärker bedroht sind, je mehr sich die Stellung der Exekutive einem Auftragsmonopol annähert³³.

Grundsätzlich kann dem Hoheitsträger nicht die *virtuelle* Zuständigkeit dazu abgesprochen werden, die Gegenstände herzustellen und zu unterhalten, die den öffentlichen Zwecken unmittelbar zu dienen bestimmt sind. A limine auszuschneiden sind nur solche Objekte, die nur einen mittelbaren, entfernten Bezug zu der Verwaltungsaufgabe aufweisen³⁴. Die Aktualisierung dieser Kompetenz hängt wesentlich von den Normen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ab — jedoch nicht ausschließlich und noch nicht einmal vorrangig. Das Gebot, der Verzicht auf

³² Die Grundbedingung bei „fiskalischen Hilfsgeschäften“ bejahen: *Dürig* (FN 30); *Forsthoff* (FN 30), S. 10/16; *Leisner*, Grundrechte, S. 198/210 (bes. S. 209); *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 201/204; *Stern* (FN 30); *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 224/238.

³³ Beispiele: *Leisner* (FN 32), S. 209.

³⁴ In den virtuellen Zuständigkeitskreis fällt daher der Betrieb einer behördlichen Druckerei, die Erlasse vervielfältigen soll, nicht aber der einer Fabrik zur Herstellung des dazu erforderlichen Papiers. Anders ist die Lage wiederum, wenn die Papiersubstanz als solche für den Verwaltungszweck wichtig ist, wie es bei der Ausgabe von Geldnoten der Fall ist.

wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand dürfe nicht mit der Verschwendung öffentlicher Mittel erkaufte werden, muß immer dann zurücktreten, wenn die Rechte Privater, insbesondere Eigentum und Berufsfreiheit (damit das aus ihnen abstrahierte Subsidiaritätsgebot), beeinträchtigt werden³⁵.

Die Voraussetzung dafür, daß das Subsidiaritätsprinzip eingreift (und unter Umständen eine „unwirtschaftliche“ Lösung erzwingt)³⁶, ist eine Konkurrenzberührung zwischen staatlicher und privater Wirtschaftstätigkeit. Es müssen also zunächst überhaupt Privatunternehmer auf den Plan getreten sein, die die erforderlichen Leistungen erbringen können; dann aber müssen diese in ihrer Rechtssphäre durch eine Verstaatlichung der betreffenden Tätigkeit berührt werden. Allerdings geht es dabei nicht um subjektive Rechte einzelner potentieller Lieferanten, denn niemand hat das Privileg, vom Fiskus mit Aufträgen bedacht zu werden; die Demokratie kennt keine „Hoflieferanten“. Es geht — wie beim Subsidiaritätsprinzip allgemein — primär um den Schutz von Lebensordnungen, hier den Bereich der Privatwirtschaft.

Ganz allgemein fehlt die Konkurrenzberührung bei Tätigkeiten, die eine öffentliche Sache (etwa eine Straße oder ein Verwaltungsgebäude) in ihrer Substanz erhalten, wiederherstellen oder verbessern sollen³⁷.

Solche Arbeiten werden allein von den öffentlichen Interessen geleitet, die aus dem Widmungszweck und der ihm zugeordneten Verwaltungsökonomie (damit auch den Regeln der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit) fließen. Hier ergreift der öffentliche Zweck, dem die Sache zu dienen bestimmt ist, auch die Tätigkeiten, die die Sache funktionsfähig erhalten sollen (wie Reparaturarbeiten an Verwaltungsanlagen). Wenn dagegen die öffentliche Sache erst hergestellt wird, hat der Widmungszweck die Herrschaft über sein künftiges Substrat noch nicht in einem solchen Maße angetreten, daß die Schaffung der Sache (der Bau einer Straße, der Druck eines Amtsblattes) in den Einzelheiten der Ausführung

³⁵ Vgl. *Surén-Loschelder*, DGO, § 67/3 a, dd, und *Surén* (FN 18), S. 154.

³⁶ In vielen, wenn nicht den meisten Fällen dürfte aber die privatwirtschaftliche Ausführung die billigere sein. Hier gebietet bereits die Effizienz den Vorrang der Privatwirtschaft. Allerdings schafft sie dem Einzelnen kein subjektives Recht, weil sie allgemein auf das Staatsinteresse ausgerichtet ist.

³⁷ A priori liegen außerhalb des Blickfeldes jene Verwaltungsinterna, die der Vorbereitung der hoheitlichen Tätigkeit dienen. Der Vorbehalt des Art. 33 IV GG erfaßt nicht nur den nach außen auftretenden Unterschriftenbeamten (*Maunz*, M—D, Art. 33/35); vielmehr gilt er auch für die unerläßlichen dienstinternen Vorbereitungen. Die gutachtliche Entscheidungshilfe und die Entscheidungsredaktion können nicht von privaten Anwaltsbüros übernommen werden, während sich die Verwaltung ausschließlich auf die Ratifikation der privat hergestellten Entwürfe beschränkt. — Zu einer Spezialfrage der Verwaltungsausarbeitung und der Abgrenzung von „Innen“ und „Außen“ s. *Leisner*, DÖV 1967, 693/705: zum Verhältnis der öffentlichen Fernsehanstalten zur privaten Filmwirtschaft.

wesensnotwendig ein Verwaltungsinternum sein müßte. Hier genügt es, wenn die Verwaltung die Planung und Aufsicht in der Hand behält³⁸.

Die Übernahme der Tätigkeit der zweiten Art durch die Verwaltung bedarf daher eines besonderen Rechtfertigungsgrundes im Zeichen des Subsidiaritätsprinzips. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz als solcher liefert ihn jedenfalls nicht. Der Rechtfertigungsgrund muß aus dem Wesen der öffentlichen Funktion abgeleitet werden, die durch die Hilfstätigkeit vorbereitet werden soll. So steht das Subsidiaritätsprinzip dem Betrieb einer eigenen Druckerei für die Vervielfältigung schriftlicher Staatsakte nicht entgegen, wenn die Notwendigkeit zu besonderer Geheimhaltung im Vorbereitungsstadium besteht oder wenn eine ständige weisungsabhängige Dienstbereitschaft unerlässlich ist, wie sie nur innerhalb der Verwaltungsorganisation gewährleistet wird³⁹. — Als allgemeine Maxime darf dabei gelten: je enger der Zusammenhang der Hilfstätigkeit mit dem öffentlichen Staatsakt ist, um so leichter ist die Etatisierung; je umfassender und kräftiger der Zugriff der Verwaltung in die Sphäre der Berufsfreiheit erfolgt, je mehr sich die Übernahme einer Tätigkeit einem faktischen Berufsverbot nähert, um so gewichtiger muß der Rechtfertigungsgrund sein auf der Skala, die von der vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls bis zum überragend wichtigen Gemeinschaftsgut reicht.

Die Verwaltung kann nicht frei darüber bestimmen, was ihr Innen- und was ihr Außenbereich ist. Eine Außenberührung ist stets gegeben, wenn die Ausführung durch die Vergabe von Lieferungen in den Rechtskreis von verwaltungsabhängigen Personen eingreift⁴⁰. Ein Anhaltspunkt (allerdings auch *nur*

³⁸ Die architektonische Planung staatlicher Bauwerke zählt aber keineswegs zu den notwendig staatsinternen und damit wesentlich staatsvorbehaltenen Tätigkeiten. Die Tätigkeit der „Hausarchitekten“ der Behörden kann nur nach den im Text angedeuteten Kriterien legitimiert werden.

³⁹ Vgl. die analogiefähige Kasuistik der kommunalrechtlichen Literatur zu § 67 I DGO und seinen Nachfolgebestimmungen. Die kommunalrechtliche Fragestellung ist an § 67 I 1 („öffentlicher Zweck“) ausgerichtet: Interne Reparaturarbeiten werden für zulässig gehalten, grundsätzlich aber nicht die Herstellung öffentlicher Gebäude in eigener Regie der Gemeinde, da der „öffentliche Zweck“ eines Gebäudes noch kein Grund für das im Aufbau begriffene Unternehmen sei. Vgl. *Surén*, FN 18, S. 156/157; ähnlich schon *Surén-Loschelder*, § 67/3 a, bb, dd; besonders deutlich: die Rundverfügung des Landes Rheinland-Pfalz vom 14. 7. 1950 (MBl. S. 504).

⁴⁰ Wenn eine Gemeinde über ihre Friedhofssatzung alle Leistungen, die mit der Bestattungspflicht zusammenhängen, durch eigene Regiebetriebe ausführen läßt, so geht sie über alle anstaltsinterne Regelung hinaus und greift unmittelbar in den Rechtskreis der Anstaltsbenutzer (der Bestattungspflichtigen), aber auch in den des Bestattungsgewerbes ein, das zuvor die Aufträge der Anstaltsbenutzer ausgeführt, also gar keine Hilfstätigkeiten des Anstaltsfiskus vorgenommen hat. Abzulehnen ist deshalb die Auffassung des *BayVGH* (VerwRechtspr. 12, 331), die grundrechtlich geschützte Berufsausübung des Bestattungsgewerbes sei wohl gar nicht betroffen (vgl. die kritische Auseinandersetzung mit der VGH-Rechtsprechung durch *Jesch*, DÖV 1962, 428).

ein solcher) dafür, daß die Ausführung einer Tätigkeit zum Außenbereich zählt, liegt darin, daß die Verwaltung herkömmlich ihren Sachbedarf durch Lieferungen aus der Privatwirtschaft gedeckt hat. Wo dagegen die Verwaltungsübung einer autarken Versorgung mit Sachmitteln in vorkonstitutionelle Zeit zurückreichen sollte, darf sie als verfassungsrechtlich zulässig anerkannt werden⁴¹.

Auf einer völlig anderen Ebene als der der Eigenbedarfsdeckung bewegt sich die Verwaltung aber dann, wenn ihre fiskalischen Hilfsbetriebe auch Aufträge verwaltungsfremder Kunden übernehmen; hier tritt sie in offenen Wettbewerb zur Privatwirtschaft⁴². Soweit die Überkapazität der Verwaltung nicht nur vorübergehend besteht, gebietet das Wirtschaftlichkeitsprinzip hier nicht die privatwirtschaftliche Ausnutzung, sondern den Abbau der Einrichtungen, die über die legitime Deckung des Eigenbedarfs hinausgehen.

Zu bb): Auf einer anderen Ebene als die Frage, ob die Verwaltung ihren Sachbedarf durch eigene Produktion decken dürfe, liegt das Problem, ob die Verwaltung ihre Einrichtungen, die einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, auch privatwirtschaftlich nutzen könne, soweit nur der öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt werde, ob etwa Bundesbahn und Bundespost die Wandflächen ihrer Betriebsanlagen der Wirtschaftsreklame gegen Entgelt zur Verfügung stellen oder ob die Rundfunkanstalten, außerhalb der unterhaltenden und meinungsbildenden Sendungen, Werbespots für Privatunternehmen ausstrahlen dürften, um sich eine Gewinnmöglichkeit zu erschließen. Zur Rechtfertigung dieser Maßnahmen wird die These vertreten, eine konsequent wirtschaftliche Betrachtungsweise könne eine derartige finanzstärkende „Randnutzung“ nicht nur zulassen, sondern im Einzelfall sogar gebieten, soweit die primäre öffentlich-rechtliche Zwecksetzung und -bindung des anstaltlichen Verwaltungsvermögens nicht gefährdet werde⁴³.

⁴¹ s. o. §§ 41, 42, 59.

⁴² In der kommunalrechtlichen Literatur wird die Ausweitung der Wirtschaftstätigkeit auf Geschäfte mit Dritten aus dem Blickwinkel des § 67 DGO abgelehnt — s. Nachw. FN 39.

⁴³ So *Lerche*, P., Rechtsprobleme, S. 20 (mit Nachw. FN 103). Zum Problem der „Randnutzungen“ bei der Bahn- und Postreklame und beim Werbefernsehen vgl. *Bussmann*, K., Die Beziehung der Rundfunkanstalten zu den Zeitungsverlagen aus der Sicht des Wettbewerbsrechts, Frankfurt 1965, S. 4/5; *Forsthoff*, E., DÖV 1957, 97/99; *Fröhler*, L., Werbefernsehen, S. 15; *Leisner*, Werbefernsehen, S. 69/73 (mit weit. Nachw. S. 70, FN 264); *Schneider*, H., Werbung, S. 15/18, 33/34; *Schmidt-Tophoff*, A., DVBl. 1964, 98/99.

Nicht in den Problembereich der „Randnutzungen“ gehört die Fallgruppe, daß der Staat zur sinnvollen Durchführung einer öffentlichen Aufgabe einen Wirtschaftsbetrieb einrichtet, wie es der Bau — nicht aber die Bewirtschaftung — einer Gaststätte bei der Erschließung eines Erholungsgeländes (vgl. *Surén-Loschelder*, DGO, § 67/3 a, cc) oder die Unterhaltung von Bahnhofswirtschaften und -verkaufsstellen im Rahmen des Gesamtprogramms der Bundesbahn darstellen (vgl. *Schmidt-Tophoff*, DVBl. 1964, 98/99). Hier ergreift die öffentliche Aufgabe unmittelbar auch die zu ihrer Durchführung unerläßlichen ökonomischen Tätigkeiten (im Ergebnis gleich: *Leisner*, a.a.O., S. 70).

Hier erscheint das Wirtschaftlichkeitsprinzip, im Gegensatz zu seiner sonstigen Geltungsweise, als unmittelbar legitimierende, kompetenz-ergänzende Grundlegung des staatlichen Handelns.

Trotzdem löst sich das Problem der „Randnutzungen“ nicht allein durch die Heranziehung des Wirtschaftlichkeitsprinzips. Als erste Frage stellt sich nämlich die, ob die wirtschaftliche Auswertung der Verwaltungskapazität zum gesetzlichen Aufgabenkreis des Hoheitssubjekts gehört, sei es als integraler Bestandteil der öffentlichen Zwecksetzung, sei es als zulässige kompetenzgerechte Ergänzungstätigkeit fiskalischer Natur⁴⁴. Diese vor allem für das Anstaltsrecht bedeutsame Frage nach der Zuständigkeit läßt sich nur aus dem Verfassungsrecht des jeweiligen Rechtsträgers heraus beantworten; von der Gewinnträchtigkeit eines Unternehmens hängt die Frage jedenfalls nicht ab. Im übrigen bedarf die Zuständigkeitsfrage in diesem Zusammenhang keiner Lösung⁴⁵. Denn auch wo sich die formale Kompetenz zu einer „Randnutzung“ nachweisen läßt, bildet die Kompetenz — auch nicht unter Zuhilfenahme des Wirtschaftlichkeitsprinzips — noch keine Grundlage dafür, in den Rechtskreis Privater einzugreifen. Sie ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung staatlichen Handelns. Wie in den anderen Rechtsbereichen auch, müssen zu Eingriffen in die Privatsphäre die materialen, besonders die grundrechtlichen Voraussetzungen gegeben sein. Die Subsidiaritätsschranke kann also auch hier nicht übersprungen werden. Dem Wirtschaftlichkeitsprinzip kommt keine stärkere Geltungskraft zu: Soweit die formale Zuständigkeit eines Hoheitsträgers festgestellt ist, leitet die Wirtschaftlichkeit das staatliche Ermessen nur dann, wenn die „Randnutzungen“ die private Rechtssphäre nicht berühren oder wenn das Subsidiaritätsprinzip eine konkurrierende Intervention des Staates gestattet.

Das Problem der „Randnutzungen“ zwingt daher nicht dazu, die Geltungsweise des Subsidiaritätsprinzips zu modifizieren.

Zu cc): Wenn die öffentliche Hand eine Versorgungsaufgabe, etwa die Lieferung von Wasser, übernimmt, erhebt sich oft ein Widerstreit zwischen den öffentlichen Interessen an der Sicherstellung solcher Lebensgüter, die die meisten nicht mehr aus eigener Kraft in hinreichender Güte oder Menge beschaffen können, und den privaten Interessen einer Minderheit, die noch imstande ist, sich autark zu versorgen, und die eine Vermögenseinbuße hinnehmen muß, wenn sie genötigt wird, die Leistungen der allgemeinen Daseinsvorsorge entgegenzunehmen. Der Wider-

⁴⁴ Vgl. die Unterscheidungen von *Leisner*, FN 43, S. 70.

⁴⁵ Das gilt auch von der Frage, ob die Kompetenz der juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Handlungsfähigkeit oder — wie in der angelsächsischen Ultra-vires-Doktrin — die Rechtsfähigkeit begrenzt (vgl. dazu *Forsthoff*, DÖV 1957, 97/99; *Fabricius*, F., Die Relativität der Rechtsfähigkeit, München 1963, S. 103/108; *Ballerstedt*, GR III/1, S. 1 (33)).

stand der Minorität kann ein Versorgungsobjekt zum Scheitern bringen, wenn seine technische und verwaltungsorganisatorische Durchführbarkeit und seine wirtschaftliche Rentabilität gerade davon abhängen, daß das Projekt *alle* Bürger erfaßt. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist es anerkannt, daß für eine Wasserversorgungsanlage, die aus gesundheitlichen Gründen notwendig ist, der Anschluß- und Benutzungszwang deshalb angeordnet werden kann, weil sich die Anlage andernfalls wegen des Widerstandes einer Minderheit finanziell nicht selbst tragen würde⁴⁶.

Der Gedanke der Wirtschaftlichkeit bildet hier zwar nicht den Grund der Staatsintervention, wohl aber rechtfertigt er ihren Umfang. Denn daß die öffentliche Hand überhaupt tätig wird, folgt aus „Gründen des öffentlichen Wohls“, aus solchen nichtfiskalischen Erfordernissen der Gesamtheit⁴⁷, denen die Individuen nicht mehr Genüge tun können; daß dagegen die Intervention auch auf die Minorität erstreckt wird, ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip. Dieser Sekundärzweck erscheint daher insoweit als Rechtfertigung für den Eingriff in die Grundrechte (vor allem in die Grundrechte der Art. 14 I und 2 I GG)⁴⁸. Während die Versorgungsmaßnahme dem Grunde nach mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist, weil die „Gründe des öffentlichen Wohls“ gerade solche sein müssen, die den Subsidiaritätsfall auslösen, während die Übernahme der Versorgungsaufgabe als solche nicht fiskalisch motiviert sein darf, drängt der Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkt den Subsidiaritätsgedanken zurück, soweit es um die Behandlung der Minderheit geht, die der ergänzenden Hilfe nicht bedarf.

Trotzdem enthüllt sich in dieser Problemlösung keine echte Antinomie zwischen den Prinzipien. Die eigentliche Schwierigkeit liegt vielmehr

⁴⁶ Die Rechtsgrundlage bildet Art. 24 I 2 BayGO. Vgl. *BayVGH* 7, 12/26; 14, 24/26; *BayVerfGH*, Urt. v. 12. 11. 1963, *BayVerwBl.* 1964, 15/16; *BayVerfGH* 16, 128 (133).

Zustimmend: *Jesch*, DÖV 1962, 428 (429); *Schick*, DÖV 1962, 931 (934/935); *Masson* (FN 25), Art. 24 GO/9; *Helmreich-Widmann* (FN 36), Art. 24/9. Im gleichen Sinne entschied bereits *Robert von Mohl*, *Polizei-Wissenschaft* I, S. 53/54.

⁴⁷ Vgl. Art. 24 I 2 BayGO. Als „Gründe des öffentlichen Wohls“ sind anerkannt die Sicherstellung eines Lebensgutes für die Bevölkerung, der Feuerchutz, die Volksgesundheit (vgl. die Belege der Rechtsprechung des *VGH* und *VerfGH* in FN 46). Fiskalische Gründe scheiden aus (*VGH* n. F. 7, 13; vgl. ferner *Schick*, DÖV 1962, 931, 934; *Masson*, 25, Art. 24 GO/9; *Hölzl*, *BayGO*, Art. 24/II 1). Die „Gründe des öffentlichen Wohls“ stellen einen voll nachprüfbaren Rechtsbegriff dar (*VGH*, Urt. v. 18. 3. 1964, *BayVBl.* 1964, 338, und *VGH* n. F. 7, 139; zustimmend *Masson*, FN 25, Art. 24 GO/9).

⁴⁸ Zu den möglichen Grundrechtsverletzungen des bundesdeutschen und des bayerischen Rechts: *VGH*, Urt. v. 16. 12. 1963, *BayVBl.* 1964, 94; *VerfGH*, FN 46, *BayVBl.* 1964, 15 (16/17); *BGH*, Urt. v. 30. 9. 1963, *DVBl.* 1964, 369; ferner die Aufsätze von *Jesch* und *Schick* (FN 46).

darin, zu bestimmen, in welchem Umfang der Staat gezwungen ist, seine Maßnahmen auf den Einzelfall abzustellen, und wieweit er von *atypischen Individuallagen abstrahieren* darf⁴⁹. Das Subsidiaritätsprinzip ist seinem Wesen nach auf typisierte Tatbestände abgestellt. Es ordnet nicht das Verhältnis des Staates zu einem konkreten Einzelnen, sondern zum Einzelnen als Typus; es schützt in erster Linie eine objektive Lebensordnung und allenfalls mittelbar das individuelle Rechtsobjekt. Das Subsidiaritätsprinzip hat in seiner Anwendung auf den Einzelfall jeweils den Grad von Abstraktion, der bei dem zu prüfenden Staatsakt sachgerecht ist: Es ist also nur auf das Verhältnis zu einer in abstrakten Tatbestandsmerkmalen umschriebenen Menschenvielzahl anwendbar, wenn ein „allgemeines“ Gesetz zu untersuchen ist; es bietet nicht den Ansatz dazu, eine solche normative Einheit in eine Vielzahl von Maßnahmegesetzen aufzusplintern. Geht es allerdings um einen Verwaltungsakt, so kann das Subsidiaritätsprinzip auch auf das Verhältnis zu bestimmten Individuen — und zwar denen, die der Verwaltungsakt „betrifft“ — anwendbar sein, weil insofern das Prüfungsobjekt den Prüfungsmaßstab festlegt. Ein Gebot zu normativer Individualisierung ist also aus dem Subsidiaritätsprinzip nicht ableitbar.

Wenn eine Gemeinde den Anschluß- und Benutzungszwang für eine Versorgungseinrichtung durch Satzung einführt, so erheben sich daher aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips keine Bedenken gegen die Maßnahme, soweit nur die Interessen der integrierten Gesamtheit, das „öffentliche Wohl“, sie erfordern⁵⁰. Zu der Sphäre des desintegrierten Individuums und seiner privaten Interessen dringt der Ordnungsgrundsatz der Subsidiarität nicht vor. Den Erwägungen der wirtschaftlichen Effizienz steht das Subsidiaritätsprinzip in diesem Bereich nicht im Wege⁵¹.

⁴⁹ Hier wird bereits vorausgesetzt, daß die „Lebensordnung“ an sich sachgerecht abgegrenzt worden ist. Dazu o. § 57.

⁵⁰ Da das „öffentliche Wohl“ auf eine subsidiäre Ordnung zu beziehen ist, öffnet diese Auslegung des Rechtsbegriffs dem „Gemeindesozialismus“ alten Stils kein Tor. — Ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip liegt regelmäßig dann vor, wenn für die Kommunalisierung einer Versorgungsaufgabe nur bei einer Minderheit ein Bedürfnis besteht und die Mehrheit aus Gründen der Solidarität zur Abnahme der kommunalen Versorgungsleistungen gezwungen werden soll; eine derartige sozialpolitische Gleichschaltung der Gemeindebürger ist grundsätzlich nicht durch das „öffentliche Wohl“ gerechtfertigt, denn im sozialen Rechtsstaat kommt der individuellen Freiheit der Vorrang vor sozialstaatlicher Nivellierung zu.

⁵¹ Diese Problemlösung hat exemplarische Bedeutung für alle Fälle, in denen eine Staatsintervention durch einen „allgemeinen“ legislatorischen oder administrativen Akt erfolgt. Wenn also eine dem Grunde nach „subsidiaritätsgemäße“ Subvention ohne Rücksicht auf konkret nachgewiesenes Bedürfnis im Einzelfall („Gießkannensystem“) an die Glieder einer Bevölkerungsgruppe, die als Gruppe bedürftig ist, verteilt wird, so bietet — von Grenzfällen abgesehen — nicht das Subsidiaritätsprinzip, sondern das Gebot der wirtschaftlichen und sozialpolitischen Effizienz den Hebel zu einer rechtlichen Kritik.

Ein Individualisierungsgebot kann dagegen den Rechtsgedanken des *Übermaßverbots*⁵² und der *Zumutbarkeit* entnommen werden. Sie enthalten Maßstäbe dafür, wann die allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen der Billigkeit im Einzelfall zu weichen haben und wie die Härten der für alle geltenden Gesetzlichkeit abgeschliffen werden können. Vor allem der Zumutbarkeitsmaßstab will verhindern, daß eine Regelung, die an sich der Gesamtheit gegenüber zulässig ist, im Einzelfall unbillige Auswirkungen zeitigt, wenn diese Auswirkungen vermieden werden können, ohne daß der öffentliche Zweck leidet. Wenn diese Rechtsgedanken auf den Schutz der Grundrechte bezogen werden, so aktualisieren sie gerade deren Rechtsgehalt als Schutz der konkreten Individuen und weniger als Schutz des überindividuellen Lebensbereichs.

Aus diesen Erwägungen heraus kann gefordert werden, daß eine Satzung, die den Anschluß- und Benutzungszwang einführt, für die Betroffenen, denen der Zwang eine unzumutbare Härte bedeuten würde, einen Befreiungsanspruch vorsieht⁵³. Ein solcher Härtefall ist aber nicht schon dort gegeben, wo trotz fehlenden Bedürfnisses Daseinsvorsorge nach Maßgabe des Gleichheitssatzes aufoktroiert wird, da hier in der Regel nur die gleiche Belastung zugemessen wird, die jeder andere Bürger auch zu tragen hat, der Wesensgehalt der Handlungsfreiheit (Art. 2 I, 19 II GG) unangetastet bleibt und nur die immanenten Eigentumsschranken (Art. 14 I 2 GG) festgelegt werden. Vielmehr tritt der Härtefall erst dann auf, wenn die Wirkungen des Anschluß- und Benutzungszwanges für den Abnehmer ein über das allgemeine Maß hinausreichendes Vermögensopfer bedeuten würden (Art. 3 I, 14 I III GG)⁵⁴.

3. Effizienz des Staatshandelns

Hinter den Grundsätzen der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit, die den „höchsten Wirkungsgrad“⁵⁴ des staatlichen Handelns sicherstellen sollen, steht das allgemeine Prinzip der Effizienz: jeder Staatsakt soll sein Ziel mit größtmöglicher Treffsicherheit und Einschlagskraft erreichen. Es kann bei diesem — in der Literatur noch nicht im einzelnen

⁵² Beispiele dafür, wie der Übermaßgedanke gesetzliche Unterscheidungen erzwingt, hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit hervorgebracht (besonders eindrucksvoll das Apotheken- und das Personalförderungsurteil, E 7, 377/344 und E 11, 168/192). Zum Differenzierungsgebot s. *Bachof* (GR III/1, S. 212/219) und *Lerche*, *Übermaß*, S. 162/165, 299/301 und passim.

Hier wird der richtige Ansatz *Lerches* deutlich, *Übermaß* und Subsidiarität dadurch zu unterscheiden, daß allein dem *Übermaßverbot* der Zwang zur Individualisierung innewohne (a.a.O., S. 201). s. o. § 17.

⁵³ Dieses Postulat erheben *BayVG* n. F. 7, 12/26; 8, 15/21; *BayVerfGH* (FN 46), *BayVbl.* 1964, 15 (17) mit Nachw.

⁵⁴ Vgl. die Begriffsbestimmung im Kabinettsbeschuß vom 8. Jan. 1952 betreffend Einsetzung eines Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BANz. Nr. 128 vom 5. Juli 1952, S. 1).

entfalteten — Prinzip⁵⁵ in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob (und wie weit) es dem Staatsrecht oder der politischen Wissenschaft, dem Verwaltungsrecht oder der Verwaltungslehre zuzuordnen ist.

Denn Effizienz prägt nur die Technik, mit deren Hilfe ein Ziel erreicht werden soll; sie ist wesensmäßig nur denkbar als Bezugsmoment auf ein Ziel hin, das ihr vorgegeben sein muß. Effizienz als solche legitimiert also staatliches Handeln nicht. Sie ist keine Erneuerung der Staatsraison im Gewande des modernen Verwaltungsstaates. Sie bildet daher kein Gegenprinzip zu den Freiheitsverbürgungen im Rechtsstaat, vielmehr bezeichnet sie nur den Weg zu seiner optimalen Verwirklichung⁵⁶. Der Umfang der Staatstätigkeit bleibt unberührt. Eine *grundsätzliche* Antinomie zum Subsidiaritätsprinzip ist also gar nicht denkbar⁵⁷.

Ein Normenkonflikt im Einzelfall wäre nur möglich, wo zur „effizienten“ Durchführung einer an sich legitimen Staatsaufgabe in die Rechtssphäre Privater eingegriffen werden muß. Die Effizienz aber legitimiert nicht dazu, rechtliche Schranken zu überspringen, mögen diese auch der wirksamsten Verfolgung staatlicher Zwecke im Wege stehen⁵⁸. Für die Effizienz und ihr Verhältnis zu den Zuständigkeitsordnungen und Freiheitsgarantien gilt, was schon für den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz als ihrer Konkretisierung festgestellt worden ist: die rechtsstaatlichen und föderalistischen Institutionen haben als Ausprägungen des Nationalgeistes in der Geschichte den „unantastbaren Vorrang vor kalter Rationalität“ (Hettlage)⁵⁹.

⁵⁵ Eine erste Würdigung bietet *Leisner*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 165 (vgl. auch S. 30, 81, 138, 150). Die Effizienz wird als „höchster Rechtsgrundsatz, wenn nicht Rechtssatz“ für die staatliche Öffentlichkeitsarbeit dargestellt. — Das staatsrechtliche Fundament der Effizienz bildet der Rationalismus der Staatsauffassung (dazu *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 53/61, und *Hesse*, Festgabe für Smend, S. 83/84).

⁵⁶ Zum Verhältnis Effizienz—Freiheit bei staatlichen Eingriffen und „Tat-handlungen“ vgl. *Leisner* (FN 55), S. 165: Trotz ihrer Qualität als „höchster Rechtsgrundsatz“ findet die Effizienz in der Individualfreiheit ihre Grenze und ihr, wenn nicht primäres, so doch „letztes“ Ziel.

⁵⁷ Nur ein scheinbarer Gegensatz besteht zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ auf der einen Seite und dem von *Leisner* (FN 55), S. 165, aus der Effizienz abgeleiteten „obersten Auslegungsgundsatz“ auf der anderen, „daß Effizienz . . . der Arbeit im Zweifel vor allem sicherzustellen“ sei. Denn dieser Auslegungsgundsatz wirkt sich nur im Anwendungsbereich der Effizienz überhaupt aus. Er enthält keine Vorrangentscheidung, sondern betrifft nur das *procedere* zu den freiheitlichen Staatszielen hin innerhalb der rechtlichen Schranken, zu denen auch das Subsidiaritätsprinzip gehört.

⁵⁸ *Zacher* (Freiheit, S. 130) läßt nicht gelten, daß der Zweck sozialer Effizienz rechtsstaatswidrige Mittel heilige. Ähnlich modifiziert der Gedanke der Praktikabilität nach *Arndt* nicht die im Einzelfall oft unpraktischen rechtsstaatlichen Grundentscheidungen (Anm. zu BayVerfGH, Entsch. v. 15. 5. 1962, JZ 1963, 65/66). Zum Rechtswert der Effizienz s. auch o. § 61 zu cc.

⁵⁹ Sparsamkeit, S. 51.

V. Die normative Natur des verfassungs- rechtlichen Subsidiaritätsprinzips

Die wesentlichen Erkenntnisse über die Rechtsnatur des Subsidiaritätsprinzips bedürfen der kurzen thesenförmigen Zusammenfassung. Damit soll die Einordnung in das rechtliche System sichtbar werden. Zugleich wird auf die allgemeinen rechtsmethodologischen Zusammenhänge, in denen das Subsidiaritätsprinzip steht, verwiesen. Eine selbständige Lösung der Fragen wird in diesem Rahmen nicht angestrebt.

1. Lex oder ratio legis

a) Das Subsidiaritätsprinzip hat in seiner allgemeinsten Form als *Prinzip* keinen vollnormativen Charakter¹. Es eignet sich auf seiner höchsten Abstraktionsstufe nicht zum Obersatz eines rechtlichen Subsumtionsschlusses. Es ist nicht rechtstechnisch „vollziehbar“. Vielmehr bedarf es vermittelnder Konkretisierungen. Diese enthält der Verfassungstext in den Grundrechten. Außerhalb der Grundrechte kommt dem Prinzip keine eigenständige Bedeutung für das Sozialverfassungsrecht zu². In dem Maße, in dem aber die Grundrechte selbst konkretisierungsbedürftig sind und den staatlichen „Vollzug“ fordern³, richtet sich das Prinzip an die handelnden Staatsorgane, an die Legislative und die Exekutive⁴.

b) Das Prinzip als solches vermag die Entscheidungsfreiheit der handelnden Organe nicht aufzuheben, wohl aber leitet es ihr *Ermessen*⁵. Es setzt diesem Ermessen ein positives Ziel: im Primat freier Individualität bei der Förderung des Gemeinwohls. Dadurch wird den Ermessensentscheidungen eine materiale *Legitimation* verschafft, die im Rechtsstaat vor allem in Hinblick auf Art. 3 I GG notwendig ist. Das Prinzip wirkt damit nach innen — gegenüber den handelnden Organen — als Weisung (Direktive, Programm)⁶, nach außen — gegenüber den staatsunterworfenen Personen — als Legitimation.

¹ Es ist in der Terminologie von Larenz (Festschrift für Nikisch, S. 300) „Rechtsprinzip“ und nicht „Rechtsgrundsatz“. Zur normativen Natur von Prinzipien: Larenz, Methodenlehre, S. 255/257; Esser, Grundsatz, S. 7, 50, bes. 69, 92; Canaris, Feststellung, S. 95, 161; jeweils mit Nachw. Zur Bedeutung von Prinzipien im Verfassungsrecht: Hollerbach, AöR 85 (1960), 249/267; Menger, Festschrift für Bogs, S. 89 ff., bes. S. 97/98; Wolff, H. J., Schutzgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für Jellinek, München 1955, S. 33/52.

² s. o. § 59. Das gilt natürlich nicht von den staatsinternen „Subsidiaritäts“-Beziehungen, dazu o. §§ 49/51.

³ Dazu grundlegend: Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 180/233.

⁴ Vgl. Menger (FN 1), S. 97/98; Wolff (FN 1), S. 43, 44, 49.

⁵ Dazu o. § 47 mit Nachw.

⁶ Zum Direktionscharakter von Prinzipien allgemein: Esser (FN 1), S. 50/51,

Zugleich äußert es *selektive* Wirkungen⁷: ein bestimmter Kreis von Zwecken wird ausgeschieden. Hier geht die *ratio legis* in die *lex* über: Ein Prinzipienverstoß ist rechtswidrig. Der Grundsatz ist auch äußerste (normative) Grenze des Ermessens.

c) Das Prinzip wird Bestandteil vollnormativer grundrechtlicher Bestimmungen, soweit diese seinen sachlichen Geltungsraum betreffen (die Wahrnehmung konkurrierender Staatsaufgaben) und soweit sie in ihren Tatbestandsmerkmalen der *Auslegung* durch allgemeine Grundgedanken der Verfassung bedürftig und fähig sind⁸. Als Auslegungsrichtlinie wirkt das Subsidiaritätsprinzip über das Verfassungsrecht hinaus auf das niederrangige Recht in dem Maße ein, in dem eine *verfassungskonforme Interpretation* zulässig ist. Die normative Verdichtung des Subsidiaritätsprinzips entspricht jener, die der Sozialstaatsklausel von kritischen Auslegern zuerkannt wird⁹.

d) Es ist seinem Gehalt nach als materiale Vorrangentscheidung ein *rechtsethisches* und kein rechtstechnisches Prinzip¹⁰. Bestimmte rechtstechnische Formen sind ihm aber als normative Instrumente seiner Wertentscheidung besonders gemäß (Nachrangregeln wie etwa Art. 75 BayGO, institutionelle Gewährleistungen, Selbstverwaltungseinrichtungen etc.). In ihnen kann es rechtstechnische Gestalt annehmen. Das verfassungsethische Richtmaß des Subsidiaritätsprinzips ist aber stets vom rechtstechnischen Gefüge der Verfassung und des niederrangigen Rechts zu unterscheiden, über das es sich verwirklicht.

e) Die notwendige Komplementärnorm zum Subsidiaritätsprinzip ist das *Übermaßverbot*. Wenn am Subsidiaritätsprinzip die Ziele des staatlichen Handelns als rechtmäßig bewertet worden sind, ist dem *Übermaßverbot* das Maß der zulässigen Verwirklichung zu entnehmen. Die Frage nach der „Notwendigkeit“ oder „Verhältnismäßigkeit“ der Mittel, die zu einem subsidiaritätsgemäßen Ziel eingesetzt werden, ist in vollem Umfange ein Vorgang rechtlicher Subsumtion. Das Übermaßverbot ist kein Prinzip, sondern ein vollnormativer Rechtssatz¹¹.

75/76. Zu den Direktiven des Verfassungsrechts: *Lerche*, AöR 90 (1965), 350/352 mit Nachw. Das Subsidiaritätsprinzip ist somit Bestandteil des „dirigierenden“ (nicht des „institutionellen“) Verfassungsrechts; dazu *Lerche*, *Übermaß*, S. 61/96, 315/318.

⁷ Dazu *Esser* (FN 1), S. 77/78; *Canaris* (FN 1), S. 163.

⁸ Dazu im einzelnen § 59. Zur „informativen“ Natur von Prinzipien: *Esser* (FN 1), S. 69; *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 259. Zur Bedeutung von Auslegungsrichtlinien im Verfassungsrecht: *Ehmke*, ebd., VVDStRL 20 (1963), bes. S. 72; *Leisner*, DÖV 1961, 651/652.

⁹ Vor allem *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 27/28, 36. Weit. Nachw. o. § 40.

¹⁰ s. o. § 22.

¹¹ s. o. § 17.

2. Judiziabilität

Da das Subsidiaritätsprinzip nur über die Grundrechte normative Wirkungen zeitigt, wirft es keine spezifischen Probleme der richterlichen Nachprüfbarkeit auf, solche also, die sich nicht ohnehin der Grundrechtsdogmatik stellen. Es können deshalb nur kurze Hinweise gegeben werden:

Das Prinzip als solches kann nur soweit justiziabel sein, wie es normativen Charakter hat¹². Seine Auslegung und Konkretisierung obliegt grundsätzlich also dem nur in Grund und Grenzen überprüfbaren Ermessen der handelnden Staatsorgane. Das Subsidiaritätsprinzip verlagert diese Ermessensfreiheit nicht gewaltenteilungswidrig auf die Gerichte¹³. Somit liegt die primäre Interpretationskompetenz bei der Legislative und der Exekutive.

Methodologisch stellt das sich in den Grundrechten verwirklichende Prinzip eine zweifache Aufgabe: das Problem der Werterkenntnis auf Verfassungsebene¹⁴ in der Deutung des öffentlichen Zwecks und die juristische Bewertung allgemeiner Lebenssachverhalte¹⁵ bei der Prüfung des „Bedürfnisses“ nach subsidiärer staatlicher Zweckverwirklichung. Damit sind die zentralen Fragen der Ermessenslehre berührt¹⁶.

3. Rechtsreflex oder subjektives Recht?

Als Bestandteil der objektiven Rechtsstaatlichkeit hat auch das Subsidiaritätsprinzip nur objektiv-rechtliche Natur.

Aus der objektiven Vorrangentscheidung zugunsten der Gesellschaft auf einen Schutzcharakter und davon auf die Funktion als subjektives (öffentliches) Recht zu schließen, ist schon deshalb unzulässig, weil „die Gesellschaft“ kein Rechtssubjekt ist, sondern ein Inbegriff von Rechtssubjekten, die nur vereinzelt Träger subjektiver Rechte sein können.

Das Subsidiaritätsprinzip, das sich in den Grundrechten konkretisiert hat, enthält keine zusätzlichen Individualrechte. Die prinzipwidrige Ausdehnung der öffentlichen Versorgungswirtschaft kann die Grundrechte der Art. 12 I und 14 GG verletzen, in deren Tatbestandsmerkmalen

¹² s. o. § 63.

¹³ So aber der Vorwurf *Leisners*, *Werbefernsehen*, S. 177.

¹⁴ Dazu allgemein *Zippelius*, *Wertungsprobleme*, bes. S. 115 ff.

¹⁵ Zum Problem der Judiziabilität der gesetzgeberischen Bewertung allgemeiner Lebenssachverhalte: *Forsthoff*, *Maßnahme-Gesetze*, S. 96; *Lerche*, *BayVBl.* 1958, 234; ders., *Übermaß*, S. 335; *Rinck*, H. J., *JZ* 1963, 526; *Zippelius* (FN 14), S. 52, 197; *Zeidler*, *VVDStRL* 19 (1961), 214; *Müller*, F., *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966, S. 77/146, 175/183. — Zur analogen Problematik in der „Bedürfnis“-Prüfung nach Art. 72 II GG: *Gruson*, M., *Die Bedürfniskompetenz*, Berlin 1967, S. 88/111 mit Nachw.

¹⁶ Dazu Nachw. u. § 47, FN 137.

der Grundsatz sich aktualisiert. Für ein zusätzliches Abwehrrecht besteht kein Bedürfnis. Die Geltungsform der Subsidiarität entspricht dem Übermaßverbot, das — isoliert — keine Anfechtungsklage begründen kann¹⁷.

Die Frage nach der Durchsetzbarkeit des Prinzips für den Einzelnen führt damit auf die Frage nach der (grund-)rechtlichen „Betroffenheit“ des Individuums hin. Es geht auch darum, in welchem Umfang der von der institutionellen Grundrechtlichkeit objektiv-rechtlich gesicherte Lebensbereich individualrechtlich erfaßt wird. Die volle Kongruenz beider Schutzbereiche wird sich niemals erzielen lassen. Außerhalb des Individualklagerechts bleiben für die Rechtsdurchsetzung des Prinzips nur die Garantien, die dem objektiven Recht gemäß sind: vor allem Aufsichtsverfahren und Normenkontrolle¹⁸.

4. Verfassungsgesetzliche Abänderbarkeit oder absolute Bestandsgarantie

Art. 79 III GG verleiht der Rechtsstaatserklärung des Art. 20 die Garantie der Unabänderlichkeit. Selbst wenn man annimmt, daß mit diesem Grundsatzartikel nur die wesentlichen Elemente des Rechtsstaates verbürgt seien, so ist mit Art. 1 GG auch der materiale Grund der rechtsstaatlichen Technizität von der Absolutheitsgarantie erfaßt: die personalistische Vorrangentscheidung¹⁹. Das Subsidiaritätsprinzip ist ihre we-

¹⁷ Vgl. *Lerche*, Übermaß, S. 318/321.

¹⁸ Die Streitfrage, ob § 67 DGO und seine Nachfolgeregeln *subjektive* Rechte verleihen, ist auf der Ebene des Verfassungsrechts damit beantwortet, daß der Zusammenhang mit subjektiven Grundrechtsnormen hergestellt ist (Art. 12 I, 14 GG).

Die Rechtsprechung lehnt es ab, aus der kommunalrechtlichen Funktionssperre ein subjektives öffentliches Abwehrrecht der Privatwirtschaft abzuleiten — so *BGH*, Urt. v. 26. 5. 1967, JZ 1962, 219 (zu § 69 GO NRW) und *BayVG*, Urt. v. 16. 11. 1959, BayVBl. 1959, 90 (zu Art. 75 BayGO). Die Kritik an den Urteilen leidet an Widersprüchlichkeit und Verstößen gegen elementare Rechtskategorien: *Gönnenwein* (Anm. JZ 1962, S. 219) lehnt mit dem *BGH* den Schutzcharakter der Funktionssperre ab, will aber beim Nichteinschreiten der Aufsichtsbehörde gegen diese einen Anspruch aus § 839 BGB geben und verschiebt damit die Verantwortlichkeit von der handelnden auf die überwachende Instanz. Da die Aufsicht aber stets nur im öffentlichen Interesse tätig wird, kann sie erst recht nicht Träger einer Amtspflicht gegenüber Privaten sein, wenn die Einhaltung einer Norm gewährleistet wird, die an sich keinen Schutzcharakter haben soll. *Masson* (Anm. BayVBl. 1959, S. 90) spricht Art. 75 BayGO zwar den Anspruchscharakter ab, hält ihn aber für ein Schutzgesetz, das Ansprüche über § 823 II BGB begründe, da privatwirtschaftliche Interessen rechtlich geschützt würden. Was aber ist ein rechtlich geschütztes Interesse seit *Jhering* anderes als ein subjektives Recht?

Die Funktionssperre wird als Schutznorm für die Privatwirtschaft anerkannt von *Frentzel*, Betrachtungen, S. 32/33; *Baptist*, Diss., S. 124/125.

¹⁹ Nach *Maunz-Dürig* (Art. 79/Rdnr. 48) werden auch die materiellen Gehalte des Rechtsstaates perpetuiert.

sensnotwendige normative Folge. Wenigstens auf seiner höchsten Abstraktionsstufe nimmt es damit an der Gewährleistung des Art. 79 III GG teil. Die Konkretisierungen in den einzelnen Grundrechten, die der Vorrangentscheidung erst die volle normative Kraft geben, stehen dagegen zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers, soweit sie nicht „Menschenrechtsgehalte“ besitzen²⁰. Mag deshalb der Vorrang des „natürlichen“ Elternrechts (Art. 6 I 2 GG) in die Schutzzone fallen, so liegt die Konkretisierung, die der Subsidiaritätsgedanke in der Berufsfreiheit gefunden hat, außerhalb des Art. 79 III GG.

²⁰ Zur Unantastbarkeit des „Menschenwürdegehalts“ in den Einzelgrundrechten: *Maunz-Dürig*, Art. 79/Rdnr. 42.

Schluß

Die Untersuchung gelangt zu dem Ergebnis, daß die Verfassung die Ordnungsentscheidung für die Subsidiarität des Staates gegenüber den Grundrechtsträgern in ihrer Individualität wie in ihrer gesellschaftlichen Gesamtheit getroffen hat. Mit dieser These ist die Lösung einzelner „Kompetenzkonflikte“ von Staat und Gesellschaft noch nicht erzielt, sondern nur die Richtung aufgewiesen, in der die Lösung zu suchen ist. Hier ist eine neue Stufe der Subsidiaritätsproblematik erreicht, vor der diese Untersuchung haltmacht.

Der konkrete Fall kann nur nach sorgfältiger Analyse der einzelnen Normen, die anwendbar sind, angemessen rechtlich bewältigt werden. Die floskelhafte Zitierung des Subsidiaritätsprinzips trägt dazu nichts bei. Der Beitrag, den der Grundsatz zur Rechtsanwendung leisten kann, besteht darin, daß er in verschiedensten Einzelregelungen einen normativen Zusammenhang sichtbar macht und die personalistische Grundentscheidung über sie zur Geltung bringt.

Der Erkenntniswert von Verfassungsprinzipien ist auch deshalb begrenzt, weil die rechtliche Einheit des Grundgesetzes nicht auf einem rationalen System, das aus *einem* Axiom folgerichtig entwickelt worden ist, sondern auf einem politischen Kompromiß beruht. Das Subsidiaritätsprinzip darf in der juristischen Anwendung nicht überspannt werden. Auch hier sollte die Warnung Leibniz' gelten: „Cave a consequentiarii!“

Die konkrete Anwendung von Verfassungsprinzipien steht unter einer doppelten Gefährdung: des lebensfremden Normativismus wie des ordnungsfeindlichen Dezisionismus. Damit beide Gefahren vermieden und sachgerechte Lösungen erzielt werden, bedarf es nicht nur der theoretischen Erfassung der normativen Zusammenhänge, sondern auch des Augenmaßes praktischer Vernunft, die den abstrakten Ordnungsgedanken und die konkreten Notwendigkeiten zur Synthese einer sinnvollen Entscheidung führt. Nur wenn die ontischen und rechtlichen Bedingungen des Einzelfalles geklärt sind, kann sich in konkreter Rechtsanwendung der Sinn des Subsidiaritätsprinzips erfüllen: daß die gerechte Ordnung nicht aus erzwungenem Nivellement hervorgeht, sondern aus der Vieltgestalt alles Lebendigen.

Allgemeine Bibliographie*

- Abendroth, W.*: Diskussionsbeitrag, VVDStRL 12 (1954), 85.
- Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279
- Achinger, H., J. Höffner, H. Muthesius und L. Neundörfer*: Neuordnung der sozialen Leistungen. Denkschrift. Köln 1955
- Anschütz, G.*: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Berlin 1933
- Bachof, O.*: Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Tübingen 1951
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 37
- Die Freiheit des Berufes, GR III/1, S. 155
- Verbot des Werbefernsehens durch Bundesgesetz? Frankfurt 1966
- Badura, P.*: Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, Erlangen 1959
- Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963
- Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966
- Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, 624
- Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Göttingen 1967
- Ballerstedt, K.*: Wirtschaftsverfassung, GR III/1, S. 1
- Baptist, F.*: Möglichkeiten staatlichen Einwirkens auf die Gemeinde, Diss. Würzburg 1964
- Barion, H.*: Die sozialethische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund. Eine konkretisierte Studie zum Subsidiaritätsprinzip. Der Staat 3 (1964), S. 1
- Becker, E.*: Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, HbKWP, Bd. 1, Berlin 1956, S. 62
- Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, HbKWP, Bd. 1, Berlin 1956, S. 113
- Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), 96
- Diskussionsbeitrag, VVDStRL 19 (1961), 249
- Kommunale Selbstverwaltung, GR IV/2, S. 673
- Benda, E.*: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966
- Bender, B.*: Das Verhältnis der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu den Trägern der freien Jugendhilfe nach dem JWG vom 11. 8. 1961, DVBl. 1963, 87

* Das Schrifttumsverzeichnis beschränkt sich auf die Werke, die für mehrere Abschnitte der Arbeit herangezogen und in abgekürzter Form zitiert werden. Die übrige Literatur erscheint mit den notwendigen Angaben in den Fußnoten. Eine Spezialbibliographie zur katholischen Soziallehre befindet sich auf Seite 33/34.

- Bernzen, M.: Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des deutschen Staatsrechts, Kieler Diss., Düsseldorf 1966
- Bettermann, K. A.: Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl. 1963, 41
- Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 1964, 601
- Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, Festschrift für Hirsch, Berlin 1968, S. 1
- Bitter, G.: Zur Zulässigkeit kommunaler Förderungsmaßnahmen, BayVBl. 1965, 45, 85
- BK: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (zitiert nach dem jeweiligen Bearbeiter)
- Bluntschli, J. K.: Geschichte der Neueren Staatswissenschaft, Allgemeines Staatsrecht und Politik, München 1881
- Böckenförde, E.-W.: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958
- Böhm, F.: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950
- Boehme, E.: Staat und Selbstverwaltung, R-St-W I, S. 111
- Brenner, G.: Gelten die Grundrechte auch für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand?, BB 1962, 727
- Bullinger, M.: Vertrag und Verwaltungsakt. Stuttgart 1962
- Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 264
- Burger, F.: Art. 33 GG und die sog. staatlich gebundenen Berufe, Diss. Marburg 1967
- Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Collmer, P. (Hrsg.): Beiträge zum Verfassungsstreit über das BSHG und das JWG, Stuttgart 1963
- Constantinesco, L.-J.: Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Annales Universitatis Saraviensis VIII (1960), 107
- Cordes, C.: Kann evangelische Ethik sich das Subsidiaritätsprinzip, wie es in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ gelehrt wird, zu eigen machen?, ZEE 3, 1959, 145
- Dagoglou, P.: Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964
- Deppenbrock, J.: Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, München 1961
- Desch, V.: Subsidiaritätsprinzip und Sozialhilferecht, Diss. Würzburg 1965
- Doemming, K.-B., R.-W. Füsslein und W. Matz: Die Entwicklungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR nF. 1 f., 1951 (zit. JöR 1)
- Duntze, J.: Die Neugestaltung der öffentlichen Fürsorge in ihrer Beziehung zur freien Wohlfahrtspflege, ZEE 4, 1960, 177
- Dürig, G.: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193
- Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955, 521
- Grundrechte und Zivilrechtssprechung, Festschrift für Nawiasky, München 1956, S. 157
- Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BayVBl. 1959, 201
- Diskussionsbeitrag, VVDStRL 21 (1964), S. 114
- in: M—D, s. u.

- Ebke, K.*: Bundesstaat und Gewaltenteilung, Diss. Göttingen 1965
- Ehmke, H.*: Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961
- „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, Festgabe für Smend, Tübingen 1962, S. 23
- Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53
- Ehrensberger, O.*: Verfassungsrechtliche Fragen im Grenzgebiet zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft, DÖV 1956, 129
- Emmelius, H.-H.*: Das Rangverhältnis von Staat, Gemeinde und freier Gesellschaft bei der Wahrnehmung wohlfahrtsfördernder Aufgaben, insbesondere dargetan an den Beispielen des Bundessozialhilfegesetzes zum Jugendwohlfahrtsgesetz, Diss. Bonn 1964
- Engisch, K.*: Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964
- Enneccerus, L.* und *H.-C. Nipperdey*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Erlinghagen, P.*: Der Streit um die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik, Festschrift für Herrfahrdt, Marburg 1961, S. 5
- Ermacora, F.*: Diskussionsbeiträge, VVDStRL 25 (1967), S. 436, 437
- Esser, J.*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- EvStL*: Evangelisches Staatslexikon (hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann), Stuttgart 1966
- Evers, H.*: Verbände - Verwaltung - Verfassung, Der Staat 3 (1964), S. 41
- Fechner, E.*: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953
- Ferber, W.*: Der Föderalismus, Augsburg 1946
- Fischerhof, H.*: Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305
- „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, 41
- Fleiner, F.*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen, 2. Aufl. 1912, 8. Aufl. 1928
- Forsthoff, E.*: Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931
- Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8
- Über Maßnahmegesetze, in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 78
- Rechtsfragen der Werbesendungen im Fernsehen, DÖV 1957, 97
- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (1959), in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 147
- Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 111
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
- Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963
- Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, Der Staat 2 (1963), S. 385
- Tagespresse und Grundgesetz, DÖV 1963, 633
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 9. Aufl., München 1966

- Frentzel, G.*: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Tübingen 1961
- Friauf, K. H.*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, Tübingen 1966
- Fröhler, L.*: Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand?, BayVBl. 1956, 135
- Gutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der §§ 10 und 93 BSHG, Zeitschrift für Sozialhilfe 2 (1963), 79, 97
- Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für ein Verbot des Werbefernsehens durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt 1965
- Werbefernsehen und Pressefreiheit, Frankfurt 1965
- Fuß, E.-W.*: Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger?, DVBl. 1958, 739
- Gallwas, H.-U.*: Nebenwirkungen hoheitlicher Akte und Enteignungsrecht, BayVBl. 1965, 40
- Gass, B.*: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der saarländischen Arbeitskammer und der bremischen Arbeitnehmerkammern, DÖV 1960, 778
- Geiger, W.*: Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Köln 1955
- Mißverständnisse um den Föderalismus, Berlin 1962
- Bedeutung und Funktion des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 1964, 65, 108
- Geller, G., K. Kleinrahm und H.-J. Fleck*: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Göttingen 1963
- Gerber, H.*: Die weltanschauliche Grundlegung des Staates, Stuttgart 1930
- Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), 1
- Glaser, K.*: Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Diss. Berlin 1965
- Gönnenwein, O.*: Gemeinderecht, Tübingen 1963
- GR: Die Grundrechte, Bd. II, hrsg. v. Neumann-Nipperdey-Scheuner, 1954; Bd. III/1, hrsg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 1958; Bd. IV/1, hrsg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 1960; Bd. IV/2, hrsg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 1962, Sämtl. Berlin
- Grewe, W.*: Antinomien des Föderalismus, Bleckede a. d. Elbe 1948
- Das bundesstaatliche System des GG, DRZ 1949, 349
- Grundmann, S.*: Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, JZ 1966, 81
- Haas, D.*: System der öffentlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955
- Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, 303
- Häberle, P.*: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962
- Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 92 (1967), 259
- Hahn, H. J.*: Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes, JöR nF. 14 (1965), 15

- Hamann, A.*: Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, 1422
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied 1958
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuwied 1961
- Hamann, W.*: Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im geltenden Verwaltungsrecht, ungedr. Diss., Tübingen 1961
- Harbich, J.*: Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit, Berlin 1965
- HbKWP: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (hrsg. von Peters, H.), 3 Bde., Berlin 1956—1959
- Heffter, H.*: Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1950
- Heller, H.*: Staatslehre, Leiden 1934
- Henze, K.-O.*: Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958
- Hensel, A.*: Grundrechte und politische Weltanschauung, Tübingen 1931
- Herschel, W.*: Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz. Festschrift für Nipperdey, Bd. II, Tübingen 1965, S. 221
- Herzog, R.*: Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat 2 (1963), S. 399
- Berufsfreiheit, EvStL, Sp. 155
- Subsidiaritätsprinzip, EvStL, Sp. 2264
- Hespe, K.*: Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Köln 1964
- Hesse, K.*: Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten?, ZevKR 6 (1957/58), 177
- Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1960), 11
- Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, JöR n.F. 10, 1961, S. 3
- Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962
- Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes. Festgabe für Smend, Tübingen 1962, S. 71
- Bundesstaat, EvStL, Sp. 214
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Karlsruhe 1968
- Hettlage, K.-M.*: Über Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, in: Badenhop, R., Wirtschaftliche öffentliche Verwaltung, Stuttgart 1961, S. 38
- Heydte, F. A. Freiherr von der*: Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe?, Hamburg 1961, S. 53
- Föderalismus, Volkssouveränität und Parteien, in: Süsterhenn (Hrsg.), Föderalistische Ordnung, Koblenz 1961, S. 130
- Hippel, E. von*: Gewaltenteilung im modernen Staate, 2. Aufl., Köln 1950.
- Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStRL 10 (1952), 1
- Allgemeine Staatslehre, Berlin 1963
- Hippel, F. von*: Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Tübingen 1957
- Hoffmann, H.*: Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl. 1964, 457

- Hollerbach, A.*: Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, AöR 85 (1960), 241
- Huber, E. R.*: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Tübingen 1953/1954
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97, 135, 172, 200
- Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart 1958
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (hrsg. von Forsthoff), Darmstadt 1968, S. 589
- Hug, H.*: Die Theorien vom Staatszweck, Winterthur 1954
- Hüttl, A.*: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1956, 483
- Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den „wirtschaftlichen Unternehmen“ im Sinne von § 67 DGO zuzuordnen?, DÖV 1956, 198
- Hylander, F. J.*: Universalismus und Föderalismus, München 1946
- Ipsen, H.-P.*: Über das Grundgesetz, Hamburg 1950
- Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952), 74
- Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956
- Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, 2049
- Rechtsfragen zur „Ausgliederung“ des Werbefernsehens, NJW 1963, 2102
- Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), S. 257 (mit Diskussionsbeiträgen, S. 436/437)
- Isenberg, G.*: Gemeinden im Spannungsfeld zwischen Marktwirtschaft und räumlicher Aufgabenerfüllung, in: Buch Deutscher Gemeinden 1965, Köln 1965
- Jacobi, W.*: Keine Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 1951, 764
- Jahrreiß, H.*: Größe und Not der Gesetzgebung, in: Mensch und Staat, Köln 1957, S. 17
- Freiheit und Sozialstaat, in: Mensch und Staat, Köln 1957, S. 70
- Janssen, K.*: Theologische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips im deutschen Jugendwohlfahrtsrecht, ZEE 3, 1959, 158
- Jellinek, G.*: Staat und Gemeinde, in: Ausgewählte Schriften und Reden, 2. Bd., Berlin 1911, S. 334
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914, 7. Neudr. Darmstadt 1960
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1919 (Neudruck Aalen 1964)
- Jerusalem, F. W.*: Zentralisation und Dezentralisation in der Verwaltung, in: Handbuch der Politik (hrsg. von Laband u. a.), Bd. 1, Berlin 1912
- Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 1950, 2
- Jesch, D.*: Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung „staatlicher“ Aufgaben, DÖV 1960, 739
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
- Anm. zum BayVGH Urteil vom 17. 3. 61, DÖV 1962, 428
- Jürgens, E.*: Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, VerwArch. 53 (1962), 105

- Kägi, W.: Vom Sinn des Föderalismus, Gedanken zur Verfassungspolitik, Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, 15 (1944), Aarau, S. 44
- Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
 - Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 53
 - Selbstbestimmung und Mitverantwortung, Schweizer Monatsheft 39 (1959/60), S. 686
 - Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 151
- Kaiser, J. H.: Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956
- Diskussionsbeitrag, VVDStRL 21 (1964), 121
- Kaufmann, A.: Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ 1963, 137
- Keller, Th.: Die Eigenwirtschaft öffentlicher Gemeinwesen, in: Gerloff-Neumark, Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Bd., Tübingen 1956, S. 161
- Kelsen, H.: Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., Berlin 1925 (Neudruck Bad Homburg 1966)
- Kimminich, O.: Rechtsgutachten zu verschiedenen Bestimmungen des BSHG und des JWG, ungedr., Bochum 1964
- Kipp, H.: Staatslehre. Mensch, Recht und Staat, 2. Aufl., Köln 1949
- Zum Problem der Förderung der Wissenschaften durch den Bund, DÖV 1956, 555
- Klein, H.: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, 755
- Knies, W.: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967
- Kollmar, H.: Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Tübingen 1961
- Koellreutter, O.: Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1953
- Köttgen, A.: Wirtschaft und Gemeinden, Reich und Länder 10 (1936), 40
- Subventionen als Mittel der Verwaltung, DÖV 1953, 485
 - Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n. F. 3 (1954), 67
 - Föderalismus und Dezentralisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsches Landesreferat zum IV. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, Paris 1954, S. 281
 - Selbstverwaltung, HDSW, 9. Bd., Stuttgart 1956, S. 220
 - Der soziale Bundesstaat, Festgabe für Muthesius, Köln 1960, S. 19
 - Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Festschrift des Deutschen Juristentags, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 577
 - Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 1961, 1
 - Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe?, Hamburg 1961, S. 1
 - Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 79
 - Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, Göttingen 1961
 - Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart 1965

- Krauss, R. v.*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955
- Krüger, H.*: Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361
- Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, 565
 - Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sog. supranationalen Organisationen, DÖV 1959, 721
 - Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, Hamburg 1960
 - Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966
 - Die öffentlichen Massenmedien als notwendige Ergänzung der privaten Massenmedien, Frankfurt 1965
- Küchenhoff, G.*: Staatsverfassung und Subsidiarität, in: Utz, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 67
- Bund und Gemeinde, BayVBl. 1958, 65, 101
 - Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, RdA 1959, 201
 - Die Freiheit der Zulassung der kassenärztlichen Tätigkeit, RdA 1960, 202, 241
 - Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe, NJW 1968, 433
- Küchenhoff, G. u. E.*: Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart 1967
- Küster, O.*: Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR 75 (1949), 397
- Laband, P.*: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2 Bde., 2. Aufl., Freiburg 1888/1891
- Larenz, K.*: Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung. Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 275
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960
- Leibholz, G.*: Gesellschaftsordnung, Verbände, Staatsordnung, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 326
- Leisner, W.*: Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, DÖV 1961, 641
 - Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964, 201
 - Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964
 - Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, Berlin 1966
 - Grundgesetz nach Landesrecht?, BayVBl. 1966, 329
 - Werbefernsehen und öffentliches Recht, Berlin 1967
- Lent, F.*: Deutscher Föderalismus, München 1948
- Lenz, H.*: Der Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber Rechtshandlungen des Regierungsbereichs in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Diss. Marburg 1957
- Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, JZ 1963, 338
- Lerche, P.*: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961
- Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1962), 66
 - Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, Berlin 1963
 - Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft als Verfassungsproblem, in: Buch Deutscher Gemeinden, 1965, Köln 1965, S. 9

- Lerche, P.*: Rechtsprobleme des Werbefernsehens, Frankfurt 1965
- Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), 341
- Linckelmann, K.*: Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der „mittelbaren Staatsverwaltung“, DÖV 1959, 561
- Löffler, M.*: Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten?, BB 1956, 729
- Löw, K.*: Fiskalgeltung der Grundrechte?, DÖV 1957, 879
- Loewenstein, K.*: Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, AöR 77 (1951/52), 387
- Verfassungslehre, Tübingen 1959
- Maihofer, W.* (Hrsg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962
- Mallmann, W.*: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), 165
- Mangoldt, H. v.*: Das Bonner Grundgesetz, Berlin 1953
- und *F. Klein*: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 2 Bde., Berlin 1957/1964
- Marcic, R.*: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957
- Masson, Chr.*: Beschränken die Art. 75 ff. Bay GO überhaupt die gemeindliche Daseinsvorsorge?, BayVBl. 1956, 327
- Versorgungsbetriebe und Gemeindeordnung, BayVBl. 1958, 143
- Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung, BayVBl. 1958, 161
- Bayerische Kommunalgesetze, München 1961 ff.
- Maunz, Th.*: Starke und schwache Normen der Verfassung, Festschrift für Laforet, München 1952, S. 141
- Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehwerbens, BayVBl. 1957, 4
- Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München 1968
- Maunz, Th.* und *G. Dürig*: Grundgesetz, Komm., 2 Bde., 2. Aufl., München 1966
- Mayer, O.*: Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., München 1924
- Meinecke, F.*: Die Idee der Staatsraison, Ausg. München 1957
- Menger, Ch.-F.*: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953
- Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297
- Die Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, Festschrift für Bogs, Wiesbaden 1967, S. 89/101
- Mennacher, H.*: Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der mit öffentlicher Gewalt beliehene Hoheitsträger des Privatrechts (Beliehene Private), Diss. München 1963
- Merkel, P. H.*: Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1965
- Mikat, P.*: Kirchen- und Religionsgemeinschaften, GR IV/1, S. 111
- Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik, Berlin 1964
- Möller, F.*: Gemeindliche Subventionverwaltung, Stuttgart 1963
- Mohl, R. v.*: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3 Bde., 3. Aufl., Tübingen (2. Bd. Freiburg i. Br.) 1866

Müller, F.: *Korporation und Assoziation*, Berlin 1965

Müller, M.: *Philosophische Grundlagen der Politik*, Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt 1962, S. 282

Münch, I. v.: *Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip*, JZ 1960, 303

Nawiasky, H.: *Staatstypen der Gegenwart*, St. Gallen 1934

— *Zweierlei Föderalismus*, SRdSch 42 (1942/43), 219

— *Zum Begriff Föderalismus*, SRdSch 45 (1945/46), 797

— *Allgemeine Staatslehre*, 4 Teile, Einsiedeln 1945/1958 (1. Teil in 2. Aufl. 1958)

Nawiasky, H. und C. Leusser: *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 1. Aufl., München 1948), 2. Aufl.: Nawiasky-Leusser-Gerner-Schweiger-Zacher, München 1964 ff.

Nipperdey, H.-C.: *Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?*, BB 1951, 593

— *Die Würde des Menschen*, GR II, Berlin 1954, S. 1

— in: Hueck-Nipperdey: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II, 6. Aufl., Berlin 1957

— *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 2. Aufl., Köln 1961

Noltenius, J.: *Die freiwillige Kontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes*, Göttingen 1958

Nymann, O.: *Der westdeutsche Föderalismus*, Stockholm 1960

Obermayer, K.: in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer: *Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern*, 2. Aufl., München 1964

— *Staatskirchenrecht im Wandel*, DÖV 1967, 9

— *Gemeinschaftsschule — Auftrag des Grundgesetzes*, München 1967

Partsch, K.-J.: *Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen*, Tübingen 1958

Peters, H.: *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen*, Berlin 1926

— *Zentralisation und Dezentralisation*, Berlin 1928

— *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin 1949

— *Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz*, in: Festgabe für Kaufmann, Stuttgart 1950, S. 281

— *Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel*. Festschrift für Laun, Hamburg 1953, S. 669

— *Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts*, VVDStRL 11 (1954), 177

— *Die Gewaltentrennung in moderner Sicht*, Köln 1954

— *Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule*, GR IV/1, S. 369

— *Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, BayVBl. 1965, 37

— *Öffentliche und staatliche Aufgaben*. Festschrift für Nipperdey, Bd. II, München 1965, S. 877

— *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Krefeld 1965

— *Die kommunale Selbstverwaltung und das Subsidiaritätsprinzip*, AfK 6 (1967), 5

Pötzsch-Heffter, F.: *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3. Aufl., Berlin 1928

- Preuß, H.*: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889 (Neudruck Aalen 1964)
- Radbruch, G.*: Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956
- Raiser, L.*: Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für J. v. Gierke, Berlin 1950, S. 181
- Reissmüller, H.*: Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Diss. München 1960
- Rendtorf, T.*: Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, Der Staat 1 (1962), 405
- Richter, L.*: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL 6 (1929), 68
- Ridder, H.*: Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960
- Rinck, G.*: Wirtschaftsrecht, Köln 1963
- Röpke, W.*: Civitas humana, 3. Aufl., Erlenbach 1949
- Maß und Mitte, Erlenbach 1950
- R-St-W: Recht - Staat - Wirtschaft* (hrsg. v. Wandersleb und Traumann), Bde. 1 und 2 Stuttgart 1949, Bde. 3 und 4 Düsseldorf 1951, 1953
- Rumpf, H.*: Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, Karlsruhe 1958
- Rupp, H. H.*: Privateigentum an Staatsfunktionen?, Tübingen 1963
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965, 993
- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Rüfner, W.*: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Salzwedel, J.*: Begriff der Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965), 206
- Sax, W.*: Anm. zu BGH, Urt. v. 16. 6. 1959, JZ 1959, 778
- Scheuner, U.*: Der Bereich der Regierung, Festgabe für Smend, Göttingen 1952, S. 253
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, R-St-W IV, S. 88
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), 1
- Referat, in: Der Staat und die Verbände (hrsg. von Beutler, Stein, Wagner), Heidelberg 1957, S. 10
- Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, DJT-Festschrift, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 229
- Gemeindeverfassung und kommunale Aufgabenstellung in der Gegenwart, AfK 1962, 149
- Bundesstaat — Struktur und Aufgabe, DÖV 1962, 641
- Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 1
- Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik, DÖV 1966, 513
- Schick, W.*: Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, 231
- Schmitt, C.*: Verfassungslehre (1928), Neudruck Berlin 1954
- Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 41

- Schmitt, C.*: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 140
- Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 181
- Politische Theologie, 2. Aufl., Berlin 1934
- Schneider, H.*: Werbung im Rundfunk, Frankfurt 1965
- Schneider, P.*: In dubio pro libertate. DJT-Festschrift, 2. Bd., Karlsruhe 1960, S. 263
- Schnur, R.*: Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 101
- Scholz, R.*: Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967
- Schricker, H.*: Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, München 1964
- Schüle, A.*: Verfassung und Wirtschaft, Mannheim 1948
- Demokratie als politische Form und als Lebensform, Festschrift für Smend, Göttingen 1952, S. 321
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), 75
- Schütz, J.*: Der Grundsatz der Subsidiarität im Grundgesetz, Diss. Würzburg 1965
- Schulz-Schaeffer, H.*: Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1966
- Siebert, W.*: Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215
- Smend, R.*: Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 119
- Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1927), 44
- Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 411
- Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 11
- Das Problem der Institutionen und der Staat. Staat als Beruf, ZEE 6 (1962), S. 65
- Integration, EvStL, Sp. 803
- Stadler, H.*: Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Freiburg/Schweiz 1951
- Stein, E.*: Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967
- Stern, K.*: Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, 325
- Anm. zu BGH, Urt. v. 26. 10. 1961, JZ 1962, 181
- Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVBl. 1962, 129
- Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, AfK 1964, 81
- StL: Staatslexikon (hrsg. von der Görresgesellschaft), 6. Aufl., Bd. 1/8, Freiburg 1957/1963

- Strauß, W.*: Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1952
- Zu den Problemen des deutschen Föderalismus, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 113
- Suhr, G.* (Hrsg.): Evangelische Stimmen zum BSHG und JWG, Stuttgart 1962
- Surén, F.-K.*: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II, Gemeindegewirtschaftsrecht, Köln 1960
- Surén, F.-K.* und *W. Loschelder*: Die Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1940
- Süsterhenn, A.*: Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, Festschrift für Nawiasky, München 1956, S. 141
- Föderalismus und Freiheit, in: Süsterhenn, Föderalistische Ordnung, Koblenz 1961, S. 27
- Gutachten über die Vereinbarkeit der §§ 5 Abs. 3, 8 Abs. 3 des JWG vom 11. August 1961 mit dem GG der Bundesrepublik Deutschland (ungedr.), Koblenz 1962
- Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, in: Festschrift für Höffner, Münster 1966, S. 227
- Süsterhenn, A.* und *H. Schäfer*: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950
- Thieme, W.*: Liberalismus und Grundgesetz, ZfGesStW 113 (1957), 285
- Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280
- Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, Saarbrücken 1962
- Torz, R.*: Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, 205
- Über, G.*: Freiheit des Berufs, Hamburg 1952
- Ule, K.-H.*: Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der §§ 10, 93 BSGH mit dem Grundgesetz, 1962 (Maschschr.)
- Vogel, K.*: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959
- Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), 125
- Voigt, A.*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht, VVDStRL 10 (1953), 33
- Voigt, F.*: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff und juristische Erscheinung, Leipzig 1938
- Weber, M.*: Wirtschaft und Gesellschaft, 2 Halbbände, Studienausgabe, Köln 1964
- Weber, W.*: Referat, in: Der Staat und die Verbände (hrsg. von Beutler, Stein, Wagner), Heidelberg 1957, S. 19
- Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem der Gegenwart, 2. Aufl., Stuttgart 1958
- Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253
- Gewaltenteilung, in: HDSW, Bd. 4, Stuttgart 1965, S. 497
- Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Der Staat 4 (1965), 409
- Wertenbruch, W.*: Grundgesetz und Menschenwürde, Köln 1958
- Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 105
- Wieacker, F.*: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953

- Wittkämper, G. W.: Grundgesetz und Interessenverbände, Köln 1963
- Wolf, E.: Das Problem der Naturrechtslehre, 2. Aufl., Karlsruhe 1959
- Wolff, H. J.: Verwaltungsrecht, München, Bd. I, 7. Aufl. 1968, Bd. II, 2. Aufl. 1967, Bd. III, 2. Aufl. 1967
- Zacher, H.: Diskussionsbeitrag, VVDStRL 21 (1964), 130
- Rechtsgutachten betr. die Grenzen des Werbefernsehens der öffentlichen Hand und die Möglichkeit der Überführung des Werbefernsehens auf privatwirtschaftliche Träger, Maschschr. 1963
 - Ergänzungsgutachten hierzu: Rechtsgutachtliche Stellungnahme zu den Aufsätzen Ipsens, Maschschr. o. J.
 - Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, Köln 1964
 - Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, Festschrift für Boehm, Karlsruhe 1965, S. 63
 - Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), 308
- Zeidler, K.: Schranken der nichthoheitlichen Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), 208
- Gedanken zum Fernsehurteil des BVerfG, AöR 86, 1961, 361
 - Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1 (1962), 321
- Zeiß, F.: Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmungen der Gemeinden nach den deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, 201
- Zinn, G. A. und E. Stein: Verfassung des Landes Hessen, 2. Aufl., Bad Homburg v. d. H. 1963
- Zippelius, R.: Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962

Sachregister

- Absterben des Staates 16, 274 f.
- Abstraktheit des Sp* 73, 92, 96, 290/292, 313
- Allzuständigkeit
 - des Staates 54, 59 f., 162, 165, **189**
 - der Gemeinde 243/245, 248
- Alternativen zum Sp 178/218
- Altius-inferius 12, 19, 23 f., 26, 71, 115, 158 f.
 - s. auch Hierarchie
- Amtshaftung 87 f.
- Analogie
 - Seinsanalogie 22, 24
 - Schluß gegen ein verfassungsrechtliches Sp 198/203
 - Schluß für ein verfassungsrechtliches Sp 222/264
- Anschluß- und Benutzungszwang 308/311
- Anstaltsrecht 78, 306 FN 40, 307/311
- Antinomien zum Sp 107, **178/218, 295/312**
- Anwendungsbereich des Sp
 - formale Kategorien 71, 72
 - nach kath. Soziallehre 23/28
 - nach föderaler Lehre 36, 44, 71
 - nach liberaler Lehre 46
 - Staat und Gesellschaft 12, 26, 46, 71, 72, 96, 122, **158/178**
 - Staatsorganisation 223/253
 - gesellschaftlicher Innenbereich 259/264
- Arbeitsrecht 261, 283
- Atomismus, gesellschaftlicher 26, 61, 114
- Aufbau des Staates von unten nach oben 84, **111 f.**, 225, 266
- Aufbauprinzip, Sp als 28 FN 13
- Ausgleich, sozialer 166 f., 192/195, 276
- Ausgangsrichtlinie, Sp als 240, 290/292, 313
- Ausschließliche Staatsaufgaben 69, 90 FN 8, **160/162**, 165, **167/170**, 178, 303
- Ausschließliche Länderzuständigkeiten 334 f.
- Autarkie
 - der Gesellschaft 52, 66, 116, 166
 - der Verwaltung in der Eigenbedarfsdeckung 76, **303/307**
- Autonomie, gesellschaftliche 171, 274 f., 282 f.
 - s. auch Privatautonomie
- Balancierung der sozialen Gewalten 98, 115, 147, 293, 294
- Bedürfnis
 - für staatliches Handeln 274 f., 279 f., 283, 286, 291
 - gemäß Art. 72 II GG 229/232, 236
- Berechenbarkeit des Staatshandelns 46, 189, 296, 298
- Bereichsschutz durch Sp 90 f., 243, 258, 282/286, 288, 305
- Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) 89 FN 4, 157, 201/203, 290 f., 292, 305 f., 315, 317
- Berufsständische Ordnung 27 f., 140 FN 96
- Beschaffungswesen 206, 214, 303/307
- Besitzschutz 56, 263, 288
- Bonum commune s. Gemeinwohl
- Bundessozialhilfegesetz 15, 249
- Bundesstaat 95, 111 f., 135 f., 147 f., **224/240**
 - und Rechtsstaat 230, 231, 257 f.
- Cessante ratione legis 231, 278 FN 211, 289 FN 250 a
- Chancenf়reiheit 288, 294
- Daseinsvorsorge 50 FN 7, 78, **117/124**, 194 f., 246, 280, 291, 293, 308/311
- Deutschrechtliche Tradition 35, 40 f.
- Demokratie 104, 112, 114, 150/152, 176, 215, **264/268**

* Sp = Subsidiaritätsprinzip

- Dezentralisation 19, 43, 57, 70, 81 f., 98, 99/101, 104, 111 f., 131, 236 f., 251, 256, 266
- Dezisionismus 36, 135, 146, 167, 219
- Dreigliedriger Bundesstaat 239 FN 73
- Dritte Ebene im Bundesstaat 234/236
- Drittwirkung
- der Grundrechte 155, 213, 257, 260 f., 293
 - der Organisationsprinzipien 257, 261
- Effizienz 82, 83, 188 f., 252, 277, 310, 311 f.
- Ehe 38, 42, 51
- s. auch Familie, Elternrecht
- Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) 201, 273, 279 FN 213, 284, 287, 288, 289, 305, 311, 315
- Einrichtungsgarantie s. Institutionelle Garantie
- Elastizität
- des Sp 54 f., 60, 72, 227 f., 234/236, 245, 297
 - des Staatshandelns 295/299
- Elternrecht (Art. 6 II GG) 164, 170, 173, 201, 260 f., 282 f., 317
- Enteignung (Art. 14 III GG) 196, 287, 288, 289
- Entstehungsgeschichte des GG 9, 143/148
- Vorfeld des GG 108/143
- Erforderlichkeit s. Notwendigkeit, Übermaßverbot
- Ergänzungsfunktion der höheren Verbände 24, 30, 60 f., 63/65, 79 f., 122 f., 139, 261
- Erkennen 219, 230 f., 240, 258, 273, 278/281, 286, 291, 313/315
- Ersatzzuständigkeit des Bundes 235
- Ertragsprinzip 302
- Erwerbswirtschaftliche Interessen
- Privater 173, 254 f.
 - des Staates s. Fiskus
- Erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit s. Fiskus
- Erziehungswesen 52, 117, 164
- s. auch Elternrecht, Familie
- Essentialismus, scholastischer 21/23
- Eudämonistische Staatszwecklehre 45, 56 f.
- Evangelische Sozialethik 128 f.
- Familie (Art. 6 I GG) 160 FN 36, 164, 170, 171, 275, 282 f.
- Finanzkraft staatlicher Verbände 227, 244
- Finanzmonopol 163, 201/203, 207
- Fiskus 76, 77, 156, 157, 171 f., 178, 196 FN 57, 201/216, 254, 277 f., 286/289, 301/311
- Fiskusprivileg 88, 280, 291
- Fiskustheorie 204/206
- Föderalismus
- gesellschaftsorganischer 24 f., 35/47, 60 f., 71, 95, 109, 126, 130/137, 216/218, 237/239, 254, 256 f., 263 f.
 - bundesstaatlicher 35, 97, 99, 111 f., 131, 147 f., 224/240
- Formaler-materialer Charakter des Sp 72 f., 92
- Formen
- des Staatshandelns 77, 118, 156, 165 f.
 - Freiheit in der Wahl der 204/207, 210, 213
 - der Staatsorganisation 156, 252 f., 256
- Formenmißbrauch 207 FN 94, 280
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) 291 f., 311
- Freiheit
- natürliche 48, 257, 273, 285
 - auf Ordnung ausgerichtete 22, 38, 109, 126, 141, 193, 242, 258, 272, 276, 284 f.
 - Sozialbindung der 140, 193, 273, 276
 - Institutionalisierung der 134, 262 f., 284 f.
 - Unteilbarkeit der 133, 255, 276
 - Grundlage der Staatslegitimation 44/47, 255, 258, 271/274
 - Prinzip der Gesellschaft 151, 254, 259
- Freiheitliche Grundordnung 267, 270, 272, 278
- Freiwilligkeit der Aufgabenerfüllung 173, 193, 195 f., 255, 276
- Fremdhilfe 52, 90, 122/124
- Funktionssperre
- Sp als 30, 272/281
 - § 67 DGO als 74/85
- Fürsorge 49 f., FN 7, 124
- s. auch Sozialhilfe
- Gemeinde
- Stellung im Staatsaufbau 75, 82 FN 23, 83, 84, 111 f., 155, 242, 247/251

- Selbstverwaltung der 57, 70 FN 83, 95, 240/252
- Gemeindesozialismus 76, 80
- Gemeindewirtschaftsrecht 15, 308/311
- § 67 DGO und Sp 74/85, 123, 277 f., 302, 314, 316 FN 18
- Gemeinwohl
 - Ziel des staatlichen Handelns 156 FN 25, 170, 172 f., 208/210, 217/219, 255, 271/274, 277/280, 287/289, 291, 306/309, 310, 313
 - Ziel des gesellschaftlichen Handelns 71 f., 104 f., 172 f., 237 f.
 - Kriterium der öffentlichen Aufgabe 176 f.
 - Ausgleich von Einzel- und Gemeinwohl 112, 114, 119, 173, 271/274, 284
 - institutioneller und ethischer Begriff 30/32, 209 FN 100
s. auch Öffentlicher Zweck
- Gemeindeverbände 247 f.
- Gemeinnütziger Zweck 172 f., 255
- Gerichtbarkeit als ausschließliche Staatsaufgabe 62 FN 53, 168 FN 64, 169
- Germanistische Geschichtswissenschaft 40 f.
- Gesellschaft
 - interne Geltung des Sp 259/264
s. auch Staat und Gesellschaft
- Geschichte des Sp. 17 f., 108
 - in kath. Soziallehre 18/20 FN 6
 - in gesellschaftsorganischen Lehren 35/44
 - in liberaler Staatslehre 44/70
- Geschichtlichkeit
 - des Naturrechts 23, 24 f.
 - der Staatstheorie 36, 44, 46, 47, 54 f., 67
 - der Verfassungsauslegung 110 f.
- Gesellschaftsorganische Lehre s. Föderalismus
- Gesetzesvorbehalt 245/247, 249, 251, 290 FN 256
- Gewaltenteilung 47, 92/99, 135/137, 290
s. auch Horizontale und Vertikale Gewaltenteilung
- Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand 211
- Gewinnerzielung s. Fiskus
- Gewohnheitsrecht 85
- Gleichheit
 - und Freiheit 151 f., 263
 - materiale (soziale) 166 f., 191/195
 - Willkürverbot 257, 273, 291, 313
 - zwischen Staat und Individuen 211 FN 109, 214, 217 f.
- Gleichrang von Staat und Gesellschaft 204/218
- Gleichschaltung der Gesellschaft 81/83, 111, 113, 200
- Glückseligkeitsprinzip (Kant) 48/50, 62, 119
- Grundrechte
 - Träger 155 f., 210/212, 260
 - Adressaten 155, 205, 212/215, 257, 260 f., 293
 - als Konkurrenzschutz 286/289
 - als Ordnungselemente 126, 150, 186, 271/273, 274, 284 f.
 - als Chancen 288
 - als Institutionen 144, 262 f., 263, 271 FN 181, 282/286
 - als naturrechtlicher Niederschlag 126, 129 f., 146, 220/223
 - und Sp 281/294, 313, 315/317
- Günstigkeitsprinzip 257
- Haushaltsrecht 299/302
- Hegelianische Staatsphilosophie 39/41, 61, 146, 154 FN 16, 190 FN 33
- Herrenchiemseer Verfassungskonvent 9, 143 f., 147
- Hierarchie
 - der Werte 22
 - der sozialen Einheiten 24, 26, 28 FN 13, 41, 71, 78, 90 FN 8, 259, 265
 - zwischen Staat und Gesellschaft 158 f., 188
 - innergesellschaftliche 262 f.
- Hilfsgeschäfte, fiskalische 206, 214, 303/307
- Hoheitsgewalt s. Obrigkeitliche Gewalt
- Homogenität
 - der sozialen Einheiten 71 f., 158 f., 293 f.
 - staatsorganisatorische 232, 242/245, 250
 - der Aufgaben 71 f., 93, 159/78, 293 f.
- Horizontale Gewaltenteilung 43, 92/94, 315
- Idealistische Staatsphilosophie 39/41, 38/54
- Ideologieverbot 183/187
- Ideologische Offenheit des Sp 72, 73, 83 f., 104
- Individualisierung

- Gebot zur 90 f., 310 f.
- in Dezentralisation 101, 104
- Individualistische Staatslegitimation 44 f., 48, 50, 52 f., 55, 71, 73, 94, 126
- Individualität, Entfaltung der 45 f., 50, 53
- In dubio pro libertate 279, 299
- Induktionsschluß s. Analogie
- Institutionelle Garantie 257, 258, 262 f., 282/286
 - in Art. 28 II GG 242/251
 - in Sozialstaatsklausel 197 f.
 - und Grundrechte 145, 262 f., 282/286
 - des Pluralismus 294
 - und Sp 243, 282/286, 314
- Integration 24, 37, 40, 41, 104, 114, 131, 150 f., 154 FN 16, 176, 186, 187 FN 24, **190 f.**, 232, 242, 264 f., 271 FN 180, 272, 273, 285, 294, 310
- Intellektualismus
 - philosophischer 22, 36
 - staatspolitischer 146, 219
- Intermediäre Gewalten 23/28, 35/44, 46, 57, 69, 94, 95, 113/116, 131 f., 144, 256 f., 262
- Internationale Vereinigungen 26 FN 8, 61, 68, 131, 256 FN 123
- Iustitia re-distributiva 118, 194
- Judiziabilität 315
- Jugendwohlfahrtsgesetz 10 f., 15, 249
- Juristische Personen als Grundrechtsträger (Art. 19 III GG) 116, 260, 292 f.
- Kantische Staatsphilosophie **48/50**, 58, 119, 272
- Katholische Soziallehre 16, **18/34**, 71, 72, 126 f., 140, 144, 281
 - Spezialbibliographie 33 f.
- Kirche, Geltung des Sp in der 26 FN 8, 183 FN 14
 - s. auch Staatskirchenrecht
- Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) 261, 262, 275, 283
- Kompetenz-Kompetenz des Staates 183 f., 246, 292
- Kompetenznotstand 235
- Kompetenzordnung
 - Grundlage des Sp 28 FN 13, **68 f.**, 71, 90, 102, 140
 - von Staat und Gesellschaft 122, 139 f., **159/178**, 285
 - bundesstaatliche 225/240
- Konkurrenz
 - der öffentlichen Hand 75, 81, 170, 172, 209 f., 281, **286/289**
 - staatlicher Entscheidungszentren 232/236
 - Schutz gegen private 248/251, 263
- Konkurrierende Staatsaufgaben
 - Voraussetzung des Sp 28 FN 13, 68 f., **71**, 90, 102, 122, 139 f., **159/178**, 194, 265, 274 f., 280, 283, 286
- Konkurrierende Zuständigkeit des Bundes 229/232, 235 f., 245, 274
- Konzentration s. Zentralisierungsprozeß, Dezentralisation
- Kooperation, sozial-föderale 11, 42, 46, **216/218**, 257
- Kooperativer Föderalismus 233/236
- Korporativismus 15 f., 24 f., 27 f., 35/44, 101, 115, 144, 263, 284
- Laissez-faire-Liberalismus **55/57**, 139, 140, 179, 193
- Ländereinrichtungen, gemeinsame 234/236
- Lebensordnungen und Sp 23/28, 90 f., 285 f., 305, 310
 - s. auch Föderalismus
- Legitimation
 - materiale des Staatshandelns 45, 47, 77 f., 208/210, 265, 271/274, 277/281, 313
 - der Staatsorganisation 225, 236/239, 251/253
 - s. auch Individualistische Staatslegitimation, Personalismus, Universalismus
- Leistungsfähigkeit
 - Kriterium des Sp 29 f., 91, 254 f., 278, 280 f.
 - staatlicher Verbände 78 f., 227, 244, 276
- Leistungsverwaltung 50, 89, 212/215, 280, 287
 - s. auch Daseinsvorsorge, Subvention
- Liberalismus 35, 36, **44/70**, 71, 79, 81, 93, 97, 109, 125, 126, **137/143**, 166, 259, 275, 294
- Machtbehauptung des Staates 68, 69, 188
 - s. auch Selbstbehauptung
- Maius-minus s. Altius-inferius
- Marktwirtschaft, soziale 138/143, 179 FN 1
- Mechanistische Staatsauffassung 39, 45 f., 61, 68, 97

- Mediatisierung gegenüber dem Staat 46, 115, 260
- Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) 170 FN 72, 293
- Menschenwürde (Art. 1 I GG) 126, 127, 147 f., 222 f., 271, 273
- Meßbarkeit s. Berechenbarkeit
- Minderheit, Rücksicht auf 294, 309/311
- Modelldenken der Staatstheorie 54, 71, 115, 135
- Monopol
- privates 64, 294
 - staatliches 163, 169, 181, 183, **201/203, 214**
 - legitimer Gewaltsamkeit des Staates 90 FN 8, 149, 155, 161, 168 f., 189, 274
- Naturrecht
- Geltungsform des Sp 12, 21, 30 f., 182 f., 220
 - Grundgesetzliche Positivierung des 129 f., 146, 220/223
 - Renaissance des 109, 124/130, 132
 - personalistisches 25, 32, 109, 125/129, 146, 222 f.
 - katholische Lehre vom 21/32, 126 f.
 - protestantische Lehre vom 128 f.
- Neoliberalismus, wirtschaftspolitischer 64, 81 FN 22, 109, 126, **137/143**, 266 f.
- Neosozialismus 141 f. FN 98
- Neuscholastik 17, 21/32, 72, 126 f.
- Neuthomismus 31
- Neutralität
- des Staates gegenüber den Verbänden 114, 186 FN 23
 - weltanschauliche 183/187, 293 f.
- Nicht-Identifikation 183/187
- Nichtregulierbarkeit des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft 179 FN 1, 180/187
- Normative Natur des Sp 73 f., 278/281, 313/317
- Notstand 65, 283, 296
- Notwendigkeit
- bei Humboldt 50
 - bei Mohl 63/65
 - s. auch Übermaßverbot
- Objektiver Geist 107, 110 FN 3, 125, 186 f., 274
- Obrigkeithliche Gewalt 89, 149, 155, 156, 161 f., 167 f., 178, 189, 214
- Öffentliche Aufgabe **174/177**, 196, 263, 279, 291
- Öffentlicher Dienst 157, 160 f., 292, 303
- Öffentliche Einrichtungen der Gemeinde 77, 308/311
- Öffentliches Interesse s. Öffentlicher Zweck, Gemeinwohl
- Öffentliche Sache 305 f.
- Öffentliches Wohl 308/310
- Öffentlicher Zweck 287/289, 305, 307, 308
- nach § 67 DGO 77, 79, 83, 277/280
 - s. auch Gemeinwohl
- Öffentlichkeit 174/177
- Österreich, Verfassung von 1934 15, 27 FN 10
- Offenheit des GG gegenüber dem Sp 218/219, 258
- Omnipotenz, virtuelle des Staates 65, 295/299
- Ontologie, scholastische 21/32
- Ordines 27 f.
- Organisationsformen 156, 252 f., 256
- Organische Staats-(Gesellschafts-)lehre 24 f., **35/44**, 45 f., 61, 131/135
- Päpstliche Soziallehre 18/21
- Parlamentarischer Rat 144/148, 295
- Partnerschaft Staat — Gesellschaft 216/218
- Persönlichkeitsbild des Liberalismus 52 f., 57, 58, 119 f.
- Personalismus
- in kath. Soziallehre 22, 25, 32, 35, 126 f., 132
 - Typus der Staatslegitimation 37, 41, 43, 44, 82, 83, 103, 109, 125/129, 132, 146, 148, 222 f., 238, 267, 271/274
- Personnähe
- Maß des Sp 26, 133, 158 FN 34
 - Legitimation der Dezentralisierung 101, 104, 237
- Philosophia perennis 20, 21/23
- Pluralismus 151, 254, 256, 261, 293, 294
- s. auch Verbandswesen
- Politik
- unpolitisches Staatsideal 53 f., 57
 - Wesen des Politischen 185/187
- Polizeibegriff 62
- Polizeirecht, Sp im 90 FN 8
- Polizeistaat 54, 58/67, 204

- Polizeiwissenschaft 54, 62/66
 Positive Verfassung (Carl Schmitt)
 203 FN 85, 222 f.
 Positives Sp 30, 63/65, 72 FN 3, 124,
 277 FN 206
 Positivierung des Naturrechts 129 f.,
 146, 220/223
 Positivismus 66, 67, 70, 74, 124/126
 Praktikabilität des Sp 71/74, 313/317
 Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG) 262 f., 284
 Prinzip s. Rechtsprinzip
 Privatautonomie 121, 170 FN 72, 171,
 196, 274
 — des Fiskus 204/210, 211, 212, 254, 304
 Privatisierung 78, 197, 253, 289, 311
 Privatrecht, Garantie seiner Institute
 171
 Privatschulfreiheit (Art. 7 GG) 199/201
 Privatsphäre 68, 153, **174/177**, 178
 Programmsatz 278, 315
 Protestantische Sozialethik 128 f.
 Publizität 118, 175 f.

Quadragesimo anno, 9, **18/21**, 23, 24,
 30, 68 FN 77, 71 FN 1, 108, 197 FN 58
 Qualifikation 17

Randnutzungen der Anstaltsmittel 78,
 307 f.
 Ratio legis s. Rechtsprinzip
 Rationalismus der Staatslehre 36, 39,
 44/47, 58, 61
 Rationalität des Staatshandelns 36 f.,
 46 f., 82, 299/301, 311
 Rechtsbewahrstaat 48/57, 120 f.
 Rechtsfähigkeit 252
 Rechtsform s. Formen
 Rechtsmißbrauch 230
 Rechtsprinzip (im Sinne von Rechts-
 grundsatz)
 — normativer Charakter 73 f., 107,
 313 f.
 — Sp als 73 f., 81, 87, 92, 103, 107, 313 f.,
 318
 Rechtsprinzip als Staatszweck (Kant)
 48/50, 55, 59, 62, 66, 68, 166, 170
 s. auch Sicherheitszweck
 Rechtsstaat 153, 189, 215, **270/281**
 — geschichtliche Grundlagen des 48/
 54, 58/67, 48/67, 165 f.
 — formaler 66, 165 f., 281
 — materialer 66, 166 f., **270/281**, 316 f.
 — sozialer 67, 166 f., 179, **275/277**, 281

 Rechtswege, Konkurrenz der 86 f.
 Relativismus des Staates 183/187
 Restaurative Tendenzen 24, 36
 Rezeption des Sp, Hintergründe der
 108/148
 Rundfunkanstalten 157, 252, 294

 Schlichte Hoheitsverwaltung 161, 170/
 205
 Scholastische Sozialphilosophie 20/32
 Schulwesen (Art. 7 GG) 199/201
 Schutzgesetz
 — § 67 DGO als 82 FN 23, 84, 316
 FN 18
 — Sp als 276, 315 f.
 Seinsprinzip, Sp als 29
 Selbstbehauptung der Staatlichkeit
 68 f., 90 FN 8, 114, 159 FN 34, 188,
 274
 Selbsthilfe der Bürger 52, 90, 122/124,
 276, 286
 — gewaltsame 72 FN 3, 160 FN 36, 168
 Selbstverwaltung 81, 98, **101/105**, 111,
 134 f., 252, 253, 256
 — kommunale 57, 70 FN 83, 82 FN 23,
 240/252
 Sicherheitszweck 48/51, 54, 56, 59, 62,
 90 FN 8
 Solidarismus 31 f.
 Solidarität
 — nach kirchlicher Lehre 28, 63, 140
 — sozialstaatliche 52, 63, 124, 140, 269
 Souveränität
 — innere 36, 38, 131, 145 f., **180/183**,
 188 f., 218, 219, 254, 256, 258, 273, 292
 — äußere 131, 256
 Sozialbindung der Freiheit 140, 193,
 273, 276
 Sozialgestaltungsfunktion 118, 167, 203
 FN 86, 297 f.
 Sozialer Bundesstaat 232 f.
 Sozialer Rechtsstaat s. Rechtsstaat
 Sozialhilferecht 15, 249
 Sozialisierung 81, 172, 195
 — Art. 15 GG 196, 214 f., 281
 Sozialromantik 24 f., 133/135
 Sozialstaat
 — soziologische Grundlagen 116/124,
 142, 205
 — normativer Gehalt 145, 150, 153,
 166 f., 171, **191/198**, 232 f., 272, **275/**
 277, 281, 293 f., 296, 297
 — und Sp 268 f.

- Sozialverfassung 11, 144 f., **149/178**, 259/264
 s. auch Wirtschaftsverfassung
 Sozialversicherung 197, 253, 285 f.
 Sozialvertrag 37, 38, 39, 47 FN 8, 48, 49 FN 7
 Sparsamkeit der Verwaltung 299/311
 Spontaneität
 — der Individuen 274, 285, 299
 — staatliche 295/299
 Staat
 — als juristische Person 46, **149/154**, 209 FN 100
 — als Verbandseinheit 45 f., 149/154, 209 FN 100
 s. auch Fiskus, Integration, Organische Staatslehre
 Staat und Gesellschaft
 — Geschichte 40, 42, 43, 46, 51/52, 61, 131, 149 f.
 — Anwendungsfeld des Sp 12, 26, 46, 71, 72, 96, 122, **158/178**
 — normative Geltung des Dualismus 113/124, **149/154**, 254, 256
 — Unterscheidungsmaßstab 154/158
 — Kompetenzordnung 159/178
 Staatsaufgaben s. Ausschließliche, Konkurrierende
 Staatskirchenrecht 156, 158 FN 33, 162 f., 252, 262, 293, 294
 Staatsorganisation, Geltung des Sp in 90 FN 8, 92, 100
 Staatsraison 47, 209, 253, 272, 277, 311
 Staatsverwaltung, mittelbare 240/253
 Staatsvorbehalte s. Ausschließliche Staatsaufgaben
 Staatszielbestimmung s. Gemeinwohl, Sozialstaat
 Staatszwecke
 — relative 55 FN 26, 67
 — liberale 44/70, 166
 — soziale s. Sozialstaat
 s. auch Ausschließliche und Konkurrierende Staatsaufgaben
 Staatszwecklehre 36, 44/70, **164 FN 50**
 Standardisierung s. Typisierung
 Ständestaat 15 f., 27 FN 10, 32 FN 12, 37/39, 104, 109, 134, 263
 s. auch Korporativismus
 Ständigkeit staatlicher Existenz 173, 195 f.
 Status
 — naturalis und civilis 48, 60, 113
 — activus 152, 265
 — negativus 153, 265, 281 FN 217
 — positivus 153, 265, 281 FN 217
 Steuerprivilegien des Fiskus 280
 Steuerstaat 78 FN 10, 168, 207 f., 255, 276, 302
 Subjektives öffentliches Recht aus Sp 29 f., 65, 277, 281 FN 281, 315 f.
 Subsidiarität
 — Form der Gesetzeskonkurrenz 15, 86/88, 90 FN 8
 — Verhältnis der Rechtswege 86 f.
 — rechtstechnische 81, 87
 — rechtsethische s. Sp
 Subsidiaritätsprinzip
 — Wesen 14/105
 — verfassungsrechtliche Geltung 220/294
 zu Einzelaspekten s. die übrigen Stichwörter
 Substitution privater und staatlicher Akte 173 f., 178, 293 f.
 Subvention 11, 118, 198, 213, **276 f.**, 281, 310 FN 51
 Teleologie
 — der individuellen Freiheit 22, 38, 109, 126, 141, 193, 242, 258, 272, 276, 284 f.
 — der Gemeinschaften 24, 36, 132
 — des Staatshandelns 66, 166 f.
 Territoriale Verwurzelung 236, 244, 251
 Thomasische Staatslehre 24 f., 41
 Toleranzgebot 294
 Transpersonalismus s. Universalismus
 Typisierung 45, 119, 286, 310
 Überflüssige Staatsakte s. Überreglementierung
 Übermaßverbot 14, 51, 63, **88/92**, 171, 230, 246, 257, 281, 311, 314
 Überpositives Recht s. Naturrecht
 Überreglementierung 171, 178, 274 f.
 Umverteilung der Lebensgüter 118, 166 f., 192/195, 276
 Ungeschriebenes Verfassungsrecht 13, 106, 107
 Unitarismus 35, 224, 235 f.
 Universalismus 25, 32, 37, 41, 73, 81/83, 285
 Universität, Autonomie der 252, 275, 283

- Verbandswesen** 95, **113/116**, 131, 151, **216/218**, 274, 292 f.
Vereinigungen, freie 39, 52, 57, 61, 69, 113/116, 136, 155 f., 292 f.
Vereinsfreiheit (Art. 9 I GG) 116, 155, 260, 283, 292 f.
Verfassungsgebung
— Sp Leitbild liberaler 51 f., 60
— Klima der 108/143
— Entstehung des GG 143/148
— Bindungen des Verfassungsgebers 146, 220, 268
Verfassungsänderung 235 FN 52, 316 f.
Verfassungswidrige Verfassungsnormen 220/223
Verhältnismäßigkeit s. Übermaßverbot
Vermutung
— für die Freiheit 279
— für die Rechtmäßigkeit 279 FN 212
— für die Länder 228 f.
— für den Bund 231
— für die Gemeinde 243 FN 80
— für den Handelnden 231, 236
Vernichtungswettbewerb 287 FN 242
Versorgungsbetriebe 75, 77, 121, 308/311, 315
s. auch Daseinsvorsorge
Verstaatlichung 69, 214, 253, 270, 293 305
s. auch Sozialisierung
Vertikale Gewaltenteilung 40, 43, 57, **95/99**, 100, 104, 113 f., **135/137**, 147, 235, 237, 239, 252, 256, 262, 293
Vertragsfreiheit, öffentlich-rechtliche 218
Verwaltungsprivatrecht 170, 205, 213, 280, 287
Vorbehalt des Gesetzes 206, 215 f., 297
— des Verfassungsgesetzes 208
Vorrang
— im Handeln 28/30, 71 f., 80 f., 111 f., 124
— der Freiheit 272/281
— der freien Verbände 296 f.
— der Gesellschaft 142, 220/294
— der Gemeinden 245/251
— der Länder 225/236
— des Staates 187/203
— in der Normenpyramide 188
Vorranggesetzgebung 230
Waffengleichheit zwischen Staat und Privaten 211 FN 109, 214
Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 I GG) 184, 201, 293 f.
Weltanschauliche Neutralität s. Neutralität
Wertordnung in Grundrechten 126, 284
Werbefunk 174, 307
Wesensgehaltgarantie (Art. 19 II GG) 246, 257, 274, 283, 285, 291, 292, 297
Wesensphilosophie 22 f.
Wesentliche Staatsaufgaben s. Ausschließliche
Wettbewerb zwischen Staat und Privaten 172, 174 FN 85, 209 f., 286/289, 307
s. auch Konkurrenz
Wettbewerbsfreiheit 140, 287 FN 242, 291
Wettbewerbsrecht 172 FN 77, 174 FN 84
Widerstandsrecht (Art. 20 IV GG) 160 FN 36
Willensbildung von unten nach oben 264/266
Willkür
— Verbot der 257, 273, 291
— legitime 273 f., 275, 285
Wirtschaftlichkeit der Verwaltung 78, 79, 83, 399 f.
Wirtschaftsverfassung
— im NS-Staat 81/83
— im GG 142 f., 144 f., 178 f., 184 f., 266 f.
Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG) 185
Wohl der Allgemeinheit (Art. 14 III GG) 196, 287, 289
Wohlfahrtsstaat
— absolutistischer 52 f., 54
— moderner 52, 66, 70, **116/124**, 142, 166, 269
Wohlfahrtszweck 48/50, 51, 54, 55, 59, 62, 119
Zeitlicher Vorsprung und Sp 29 FN 2, 111 f., 297 f.
Zentralisierungsprozeß 19, 68, 69, 117, 122, 200, 244, 246
Zentralverwaltungswirtschaft 138, 270
Zumutbarkeit 311
Zuständigkeitsvermutung 228 f., 243 FN 80
s. auch Vermutung
Zuständigkeitsverteilung Bund — Länder 162, **225/240**, 247
Zwischengewalten s. Intermediäre Gewalten

Schriften zum Öffentlichen Recht

- 1 Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von E.-W. Böckenförde. 360 S. 1958. DM 33,60
- 2 Die Freiheit des Gewissens. Von H. Scholler. 239 S. 1958. DM 24,60.
- 3 Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen. Von W. Frhr. Marschall von Bieberstein. 232 S. 1959. DM 28,—.
- 4 Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen. Von G. Pfennig. 86 S. 1960. DM 12,60.
- 5 Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes. Von M. Goessl. 245 S. 1961. DM 32,60.
- 6 Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Von H.-U. Bächle. 149 S. 1961. DM 22,40.
- 7 Staatensukzession und Staatsservituten. Von L. Herbst. 204 S. 1962. DM 28,60.
- 8 Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Von D. Volkmar. 273 S. 1962. DM 33,60.
- 9 Bundesrat und Bundesaufsicht. Von G. Dux. 149 S. 1963. DM 19,80.
- 10 Die Öffentliche Anstalt. Von H. Jecht. 144 S. 1963. DM 19,60.
- 11 Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen. Von E. Schumann. 380 S. 1963. DM 48,60.
- 12 Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Von K. Huber. 182 S. 1963. DM 26,60.
- 13 Über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungsstreitigkeiten. Von K. H. Finckelburg. 114 S. 1964. DM 16,80.
- 14 Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Von W.-D. Eckardt. 81 S. 1964. DM 12,60.
- 15 Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes. Von G. Abel. 97 S. 1964. DM 14,80.
- 16 Wahlabsprachen politischer Parteien und ihre rechtlichen Grenzen. Von Ch. Peter. 181 S. 1964. DM 24,80.
- 17 Widerstand und Revolution. Von K. F. Bertram. 121 S. 1964. DM 16,60.
- 18 Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Von E.-W. Böckenförde. 348 S. 1964. DM 44,80.
- 19 Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte. Von E. v. Hippel. 63 S. 1965. DM 9,80.
- 20 Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit. Von J. Harbich. 174 S. 1965. DM 26,60.
- 21 Korporation und Assoziation. Von F. Müller. 370 S. 1965. DM 48,60.
- 22 Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung. Von D. Conrad. 184 S. 1965. DM 27,60.
- 23 Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff. Von M. Heidenhain. 194 S. 1965. DM 26,60.
- 24 Grundrechte als Institution. Von N. Luhmann. 223 S. 1965. DM 32,60.
- 25 Probleme der abstrakten Normenkontrolle. Von G. Babel. 96 S. 1965. DM 14,60.
- 26 Das Problem der Einheit der Völkerrechtsgemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit. Von H. H. Mahnke. 250 S. 1965. DM 36,—.
- 27 Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland. Von D. Blumenwitz. 208 S. 1966. DM 32,60.
- 28 Gleichheit und Artgleichheit. Von W. Hül. 309 S. 1966. DM 48,60.
- 29 Der schlichte Parlamentsbeschluß. Von K.-A. Sellmann. 150 S. 1966. DM 24,80.
- 30 Parteifinanzierung und Grundgesetz. Von H. Plate. 139 S. 1966. DM 22,60.
- 31 Staatlichkeit und Überstaatlichkeit. Von H. Steiger. 200 S. 1966. DM 29,60.
- 32 Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes. Von H. Weber. 187 S. 1966. DM 28,60.
- 33 Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Von Chr. Böckenförde. 164 S. 1966. DM 26,60.
- 34 Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Von U. Steiner. 244 S. 1966. DM 44,60.
- 35 Das Beschwerderecht des Soldaten. Von D. W. Oetting. 180 S. 1966. DM 28,60.
- 36 Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland. Von H. Schulz-Schaeffer. 204 S. 1966. DM 32,80.
- 37 Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht. Von K. F. Arndt. 188 S. 1966. DM 32,60.
- 38 Die Option der Staatsangehörigkeit. Von K. M. Meessen. 123 S. 1966. DM 19,80.
- 39 Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung. Von H. Hardinghaus. 168 S. 1966. DM 26,80.
- 40 Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht. Von H. P. Schmatz. 227 S. 1966. DM 38,60.

- 41 Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. Von M. Kriele. 334 S. 1967. DM 48,—.
- 42 Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Von H. Jücker. 152 S. 1967. DM 26,60.
- 43 Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Von G. H. Reichel. 288 S. 1967. DM 44,80.
- 44 Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Von W. Rübner. 460 S. 1967. DM 62,—.
- 45 Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse. Von L. Simons. 213 S. 1967. DM 38,—.
- 46 Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation. Von R. Böttcher. 179 S. 1967. DM 33,60.
- 47 Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich. Von R. Hoffmann. 175 S. 1967. DM 32,60.
- 48 Der Erlass von Rechts- und Verwaltungsverordnungen durch den Bundespräsidenten. Von G. Huwar. 186 S. 1967. DM 32,60.
- 49 Der Mißbrauch von Grundrechten. Von H.-U. Gallwas. 193 S. 1967. DM 36,60.
- 50 Das amerikanische Administrative Law. Von R. A. Riegert. 165 S. 1967. DM 32,60.
- 51 Chancengleichheit der Parteien. Von H.-Chr. Jülich. 164 S. 1967. DM 33,60.
- 52 Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen. Von R. Scholz. 286 S. 1967. DM 49,60.
- 53 Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus. Von E. Schmidt-Aßmann. 211 S. 1967. DM 36,60.
- 54 Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte. Von W. Wieseler. 278 S. 1967. DM 48,60.
- 55 Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789. Von Chr. A. L. Rasenack. 282 S. 1967. DM 48,60.
- 56 Werbefernsehen und Öffentliches Recht. Von W. Leisner. 266 S. 1967. DM 39,80.
- 57 Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland. Von R. Grawert. 376 S. 1967. DM 59,60.
- 58 Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht. Von B. Löwenberg. 136 S. 1967. DM 24,60.
- 59 Bundesgesetzliche Organisation landesunmittelbarer Selbstverwaltungskörperschaften. Von F. Hohrmann. 201 S. 1967. DM 29,80.
- 60 Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes. Von K. P. Jank. 127 S. 1967. DM 24,60.
- 61 Wehrhoheit und Auswärtige Gewalt. Von Dr. M. Sachau. 238 S. 1967. DM 38,60.
- 62 Die Bedürfniskompetenz. Von M. Gruson. 132 S. 1967. DM 24,60.
- 63 Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge. Von C.-Th. Samm. 241 S. 1967. DM 43,60.
- 64 Der parlamentarische Hilfsdienst in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Bundesrepublik Deutschland. Von J. Odewald. 165 S. 1967. DM 26,60.
- 65 Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive. Von D. Kabisch. 216 S. 1967. DM 38,60.
- 66 Der Bereich der Regierung. Von G. Kassimatis. 273 S. 1967. DM 48,—.
- 67 Die Rechtsstellung der wissenschaftlichen Bibliotheken. Von A. Nitze. 172 S. 1967. DM 29,60.
- 68 Das faktische Dienstverhältnis. Von E. Brückner. 170 S. 1968. DM 28,60.
- 69 Die „Information“ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG. Von H. Windsheimer. 196 S. 1968. DM 33,60.
- 70 Kulturhoheit und Auswärtige Gewalt. Von C. Hirsch. 198 S. 1968. DM 36,60.
- 71 Der Folgenbeseitigungsanspruch. Von Th. Rösslein. 106 S. 1968. DM 18,60.
- 72 Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Von D. Reuter. 253 S. 1968. DM 44,60.
- 73 Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung. Von H. Faber. 234 S. 1968. DM 43,60.
- 74 Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Von J. Schmidt-Salzer. 103 S. 1968. DM 18,60.
- 75 Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“. Von E. Hesse. 137 S. 1968. DM 22,60.
- 76 Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht. Von K. Dorenberg. 210 S. 1968. DM 38,60.
- 77 Das Honnefer Modell. Von G. Stephany. 126 S. 1968. DM 22,60.
- 78 Die Ausfertigung der Bundesgesetze. Von K. Rode. 106 S. 1968. DM 22,60.
- 79 Wesen und Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen. Von W.-D. Hauenschild. 217 S. 1968. DM 39,60.

D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N